

La reforma de la legislación de Sociedades Mercantiles

SUMARIO: INTRODUCCION.—I. LA REFORMA DEL REGIMEN DE SOCIEDADES ANONIMAS: A) Concepto y naturaleza jurídica. B) Constitución. C) Fundación de la sociedad. D) Acciones. E) Modificación de Estatutos: aumento y reducción de capital. F) Transformación, fusión y escisión. Disolución y liquidación. G) La Junta general y los administradores. H) Nulidad de la sociedad. I) La contabilidad de los empresarios.—II. REFORMA DEL REGIMEN DE LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA: A) Concepto y naturaleza. B) Constitución. C) Régimen de las participaciones sociales. D) Organos de la sociedad. E) Alteración de la escritura fundacional: aumento y reducción del capital. F) Transformación, fusión y escisión. G) Cuentas anuales. H) Disolución y liquidación.—III. REFORMA DEL REGIMEN DE LAS SOCIEDADES COMANDITARIAS POR ACCIONES.—IV. REFORMA DEL REGIMEN DE LAS SOCIEDADES ANONIMAS LABORALES.—V. NORMATIVA TRANSITORIA.—VI. DISPOSICION FINAL TERCERA.—VII. CONCLUSION: A) En cuanto a las sociedades anónimas. B) En cuanto a las sociedades de responsabilidad limitada. C) En cuanto a las sociedades comanditarias por acciones.

INTRODUCCION

El Tratado de Adhesión de España a las Comunidades Europeas ha impuesto la adaptación de nuestra legislación a la normativa comunitaria en numerosos campos, entre los que se encuentra el Derecho de sociedades. La Exposición de Motivos 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 (cuyo análisis constituye el objeto del presente artículo) comienza precisamente con esta reflexión; no obstante, la reforma del Derecho español de sociedades era una necesidad sentida desde hacía largo tiempo. La regulación de las sociedades en el Código de Comercio se reveló inadecuada desde un principio, dado su carácter fragmentario y el hecho de estar inspirada en un criterio dispositivo; las Leyes de 1951 y 1953 supusieron un

claro avance, pero también han quedado desfasadas ante los cambios operados en la economía española desde su entrada en vigor. Los primeros intentos de modificación de la Ley de Sociedades Anónimas se remontan al año 1968, quedando interrumpidos al iniciar la Comisión General de Codificación la elaboración de un Anteproyecto de Ley General de Sociedades, que también fue abandonado en 1975. En 1979, la Comisión dio cima a un anteproyecto, que aun cuando no prosperó constituye un valioso antecedente del actual. La adhesión de España a las Comunidades Europeas obligó a un cierto cambio de objetivos, pasando la recepción del Derecho comunitario a ser la finalidad primordial de la reforma. Siendo esto así, la adecuada comprensión de ésta requerirá una breve referencia a aquél, que haremos a continuación, partiendo de la distinción entre el Derecho originario y el Derecho derivado:

a) Derecho originario. El traslado constitutivo de la CEE se refiere a las sociedades en su título III, relativo a la libre circulación de personas, servicios y capitales, donde, por una parte, se reconoce dicha libertad no sólo a las personas físicas, sino también a las personas jurídicas, y, por otra, se alude a la coordinación de las legislaciones de los Estados miembros:

Art. 58: «Las sociedades constituidas de conformidad a la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la comunidad, quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros.

Por sociedades se entiende las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo».

Art. 54, 3: «El Consejo y la Comisión ejercerán las funciones que les atribuyen las disposiciones precedentes, en particular: ... g) Coordinando en la medida necesaria y con objeto de hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el párrafo segundo del artículo 58, para proteger los intereses de socios y de terceros».

La armonización de las legislaciones constituye, con carácter general, una medida necesaria para el establecimiento de un mercado común [así: art. 3, apartado f), Tratado CEE], pero es especialmente necesaria en el ámbito de las sociedades mercantiles. La libertad de actuación de las sociedades en el ámbito de la CEE puede plantear problemas de

seguridad jurídica, al regirse éstas por su Ley nacional (arts. 9 y 11 del Código Civil y art. 15 del Código de Comercio en nuestro Derecho) y ser dicha Ley normalmente desconocida para el tercero que contrata con tales sociedades en un Estado distinto al de su constitución. Los problemas se plantean fundamentalmente en relación con los dos puntos siguientes: 1) Determinación de las personas que tienen facultades para obligar a la sociedad. 2) Régimen patrimonial de aquellas sociedades que limitan la responsabilidad de los socios. El acercamiento de las legislaciones en estos puntos resulta imprescindible para hacer efectivo el principio de libertad de establecimiento, manteniendo al mismo tiempo la seguridad en la contratación mercantil.

De lo dicho hasta aquí se deduce que la normativa comunitaria no pretende —por el momento— el establecimiento de un Estatuto jurídico único para la sociedad anónima europea, sino simplemente una armonización de legislaciones que haga equivalentes (ni siquiera idénticas) ciertas garantías establecidas para la protección de acreedores y terceros. Esto explica que las normas de Derecho derivado (con alguna excepción, como el Reglamento relativo a la constitución de una agrupación europea de interés económico) sean directivas, es decir, normas que, de acuerdo con el artículo 189 del Tratado CEE, obligan «... al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios». Las directivas vinculan a los Estados y no a los individuos; la norma vinculante en España será la Ley que, en definitiva, aprueben las Cortes Generales; no obstante, entendemos que el estudio de aquéllas será fundamental para una adecuada comprensión de nuestro nuevo Derecho de sociedades, y, en todo caso, habrá de reconocérseles el valor de «antecedentes históricos o legislativos» que, de acuerdo con el artículo 3 del Código Civil, deben tenerse en cuenta en la aplicación de las normas.

b) En cuanto al Derecho derivado está constituido por la primera Directiva (68/151/CEE), de 9 de marzo de 1968, que regula la publicidad, la validez de los compromisos de las sociedades y la nulidad de éstas; la segunda Directiva (71/91/CEE), de 13 de diciembre de 1976, que regula la constitución, así como el mantenimiento y modificaciones del capital de las sociedades anónimas; la tercera Directiva (78/85/CEE), de 9 de octubre de 1978, relativa a las fusiones; la cuarta Directiva (78/66u/CEE), de 25 de julio de 1978, relativa a las cuentas anuales; la sexta Directiva (82/891/CEE), de 17 de diciembre de 1982, sobre la escisión de sociedades; la séptima Directiva (83/349/CEE), de 13 de julio de 1983, que regula las cuentas consolidadas, y la octava Directiva

(84/253/CEE), de 10 de abril de 1984, relativa a la autorización de las personas encargadas del control legal de los documentos contables.

Existen además dos proyectos pendientes de aprobación: en materia de estructura y órganos de la sociedad anónima (propuesta de la quinta Directiva) y en relación a las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas (propuesta de décima Directiva).

La exposición de motivos del proyecto que vamos a examinar dice que tiene por objeto la adaptación de la legislación mercantil a esas directivas, con excepción de la octava, que ha sido objeto de una regulación independiente. El proyecto ha tomado como base fundamental el anteproyecto elaborado por la Comisión General de Codificación y concluido en 1987, si bien ha introducido algunas modificaciones de especial importancia: se ha suprimido el precepto que establecía la responsabilidad ilimitada del accionista único; ha desaparecido en la fusión el derecho de separación de los accionistas; se modifican algunos preceptos relativos a órganos sociales que no sufrían alteración en el anteproyecto: artículos 60, 70, 72, 79 y 80 de la Ley de Sociedades Anónimas, etc.

El proyecto comprende también la modificación de los títulos II y III del libro I del Código de Comercio, relativos a la contabilidad de las empresas y el Registro Mercantil; no obstante, en este trabajo nos vamos a limitar a examinar las alteraciones en el régimen sustantivo de las sociedades. Resultan afectadas la sociedad anónima, la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad comanditaria por acciones y la sociedad anónima laboral. La modificación del régimen jurídico de todas ellas venía exigida por la normativa comunitaria, pues, como indica el preámbulo de la primera Directiva, se trata de establecer un sistema de garantía para aquellas que son sociedades que «solamente ofrecen como garantía ante terceros el patrimonio social».

I. LA REFORMA DEL REGIMEN DE SOCIEDADES ANONIMAS

Distinguiremos los siguientes puntos de estudio: A) Concepto y naturaleza jurídica. B) Constitución. C) Fundación de la sociedad. D) Acciones. E) Modificación de estatutos: aumento y reducción de capital. F) Transformación, fusión y escisión. Disolución y liquidación. G) La Junta general y los administradores. H) Nulidad de la sociedad. I) La contabilidad de los empresarios.

A) CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

1.º Concepto (arts. 1 y 4 del proyecto de reforma de la Ley de Sociedades Anónimas).

Por sociedad anónima puede entenderse:

- Aquella persona jurídica.
- En la que los socios no responden personalmente de las deudas sociales.
- Y cuyo capital, no pudiendo ser inferior a diez millones de pesetas, está dividido en acciones integradas por las aportaciones de los socios y se expresará en esa moneda.

2.º Naturaleza jurídica (art. 3 del proyecto de Ley de Sociedades Anónimas):

- Mercantil en todo caso.
- Ha de tener ánimo de lucro.

El artículo 14, 2.º, del anteproyecto, en una primitiva redacción, decía así: «En la escritura de constitución de la sociedad se expresarán: 2.º La voluntad de los otorgantes de fundar una sociedad anónima. Si su finalidad no fuera lucrativa, se hará constar expresamente». Sin embargo, en la redacción definitiva desaparece esta última frase, por lo que pensamos que una sociedad anónima constituida sin ánimo de lucro sería nula por aplicación del artículo 32, 2.º, del proyecto («la nulidad debería declararse... por resultar el objeto social ilícito o contrario al orden público»).

B) CONSTITUCIÓN

1.º Constitución y personalidad jurídica (arts. 7, 11 y 32 del proyecto de Ley de Sociedades Anónimas).

La sociedad anónima requiere:

- Constitución mediante escritura pública.
- Inscripción en el Registro Mercantil para gozar de personalidad jurídica (aunque los pactos secretos no se declaran nulos, sin embargo, no tendrán la consideración de pactos sociales ni perjudicarán a terceros).

A pesar de que el artículo 11 dice que «la sociedad se entenderá constituida cuando se haya inscrito en el Registro Mercantil», se sigue la vieja fórmula —creada en el Código de Comercio y matizada por la Ley de Sociedades Anónimas de 1951— de distinguir entre el contrato

social (necesidad de escritura pública) y el otorgamiento de personalidad jurídica al ente (inscripción en el Registro Mercantil).

Respecto a la sociedad escriturada, pero no inscrita, hay dos preceptos: el 22, párrafo último, del proyecto de reforma del Código de Comercio, según el cual «las escrituras de sociedad no registradas surtirán efecto entre los socios que las otorguen, pero no perjudicarán a tercera persona, quien, sin embargo, podrá utilizarlas en lo favorable», y el 32, 1, 1.º, para el que «la acción de nulidad de la sociedad... podrá ejercitarse... por no haberse otorgado la escritura pública de constitución o no haberse inscrito ésta en el Registro Mercantil» (1).

No obstante, no cabe olvidar la tácita prohibición contenida en el artículo 7, 2.º, del proyecto de la Ley de Sociedades Anónimas, que determina que «la inscripción de la escritura de constitución y la de todos los demás actos relativos a la sociedad podrán practicarse previa justificación de que ha sido solicitada la liquidación de los impuestos correspondientes».

Por último, hay que tener en cuenta el artículo 17, que establece: «1. Hasta que la sociedad quede inscrita no podrán ponerse en circulación las acciones emitidas. Antes de la inscripción en el Registro, los pactos sobre transmisión de las acciones no surtirán efecto frente a la sociedad. 2. Lo dispuesto en el párrafo anterior es aplicable a las acciones emitidas como consecuencia de un aumento de capital».

(1) DE LA CÁMARA (en *La reforma del Derecho español en sociedades de capital*, de varios autores, págs. 70 y sigs.) critica la nulidad que se establece respecto a la sociedad escriturada, pero no inscrita, entendiendo que la falta de la escritura pública es lo que comporta la inexistencia de la sociedad anónima, pues el otorgamiento de la misma es lo que motiva su constitución, aunque la fundación todavía no se hubiera ultimado. A nuestro juicio, sin embargo, la formulación del artículo 32, 1, 1.º, es correcta, pretendiendo distinguir entre contrato de sociedad, productor de efectos entre las partes contratantes (escritura pública), y existencia de la sociedad con personalidad jurídica propia —no debe separarse el binomio sociedad-personalidad jurídica—, que afecta a la actuación de la misma en el mundo jurídico y a sus relaciones con terceros (inscripción en el Registro Mercantil). Sin olvidar el artículo 11, que dice: «La sociedad puede fundarse en un solo acto por convenio entre los fundadores o en forma sucesiva por suscripción pública de las acciones. En uno y otro caso, la sociedad se entenderá constituida cuando se haya inscrito en el Registro Mercantil», y que, según apunta J. DOMINGO RODRÍGUEZ (en *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, pág. 186), hay que interpretarlo en el sentido de que «la constitución de la sociedad es un proceso complejo que no se entiende terminado hasta que se ha producido la inscripción, y que lo que ésta aporta no es un barniz de personalidad a una sociedad existente, porque la personalidad no es algo extrínseco a la sociedad, un hábito, sino algo consustancial a ella, como elemento definidor del tipo social». También puede traerse a colación el artículo 12, que, como el 10 anterior, exige la concurrencia, al menos, de tres socios fundadores, dando a entender que la constitución de la sociedad es algo más que un contrato, pues si únicamente de esto se tratara deberían ser suficientes dos socios (así razonan GARRIGUES y URÍA en *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, tomo I, pág. 229, 1976). Y la Resolución de la Dirección

2.º El Registro Central y el *Boletín Oficial* del Registro Mercantil (artículos 18, último párrafo, y 22 del proyecto de reforma del Código de Comercio):

— Conforme al citado artículo 18, último párrafo, «los asientos registrales correspondientes a las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y comanditarias por acciones, se comunicarán por los respectivos Registradores Mercantiles a un Registro central, que dispondrá de un *Boletín Oficial* en el que se publicará necesariamente un extracto o mención de los datos esenciales de los asientos practicados en los Registros Mercantiles. Una vez realizada la publicación, se hará constar ésta en el Registro Mercantil correspondiente». A esto añade el artículo 22: «Sin perjuicio de los efectos de la inscripción cuando ésta sea obligatoria, las escrituras y demás actos y documentos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a los terceros de buena fe después de la publicación en el *Boletín Oficial* del Registro Mercantil. Esta publicación no será oponible para actos realizados antes del decimosexto día siguiente a aquel en que la publicación tuviera lugar, frente a terceros que prueben que les fue imposible conocer los hechos inscritos y publicados. Cuando las escrituras y demás actos y documentos a que se refiere este artículo sean publicados en el *Boletín Oficial* del Registro Mercantil con un contenido diferente al que aparece inscrito en el Registro, esa publicación no podrá ser opuesta a los terceros de buena fe, pero éstos podrán utilizarla en lo favorable, a menos que la falta de publicidad legal les prive de efectos». Y termina diciendo el artículo 77, 3, del proyecto de Ley de Sociedades Anónimas que «la inscripción de la sociedad se anunciará en el *Boletín Oficial* del Registro Mercantil, en el que se publicarán los datos relativos a la escritura de constitución que reglamentariamente se determinen».

— Consiguientemente, de estos preceptos y de los anteriormente expuestos se deduce lo siguiente: se da vigencia al Registro Central (REMIC), el cual, con los datos que le remitan los diferentes Registros Mercantiles, publicará un extracto de los mismos en el *Boletín Oficial* del Registro Mercantil. Dicha publicación tendrá carácter meramente informativo, sin alterar la adquisición de personalidad jurídica de la sociedad a través de la inscripción, ni la eficacia de ésta (2).

General de los Registros y Notariado de 13 de julio de 1984 refiere la expresión «acto constitutivo» a contrato de sociedad.

(2) El REMIC había sido creado por Ley de 21 de julio de 1973, pero el necesario desarrollo reglamentario de ésta impidió su puesta en funcionamiento. Ahora es la primera Directiva comunitaria la que, siguiendo el modelo alemán, impone la publicación en un *Boletín* de los datos esenciales de las sociedades capitalistas. Sobre ello apunta GÓMEZ SEGADÉ (en *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*, pág. 34) que «la publicación en el *Boletín Oficial* del Registro Mercantil, sin duda favorece la difusión de datos relevantes para el tráfico, aunque como

Como pone de relieve GÓMEZ SEGADE (3) —y pienso que está totalmente claro en la Ley y debe ser criterio unánime para la doctrina—, para la adquisición de personalidad jurídica por las sociedades dichas basta la inscripción en el Registro Mercantil, no siendo preciso que se cumplan todas las formalidades de publicidad legal, y en particular la publicación en el *Boletín Oficial* del Registro Mercantil; y tal atribución de personalidad jurídica ya le permite a la sociedad una importante presencia en el tráfico, como emitir obligaciones, títulos definitivos de las acciones e incluso actuar frente a la Administración pública, pues la inoponibilidad frente a terceros de buena fe por incumplimiento de todos los requisitos de publicidad legal sólo debe jugar en las relaciones jurídicas privadas.

3.º Actos y contratos celebrados sin que haya tenido lugar la inscripción de la sociedad o habiéndose declarado ésta nula [arts. 8, 9 y 32, a), del proyecto de Ley de Sociedades Anónimas]:

— Del cumplimiento de los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes del otorgamiento de la escritura de constitución o de su inscripción responderán solidariamente quienes los hubieran celebrado, pero tal responsabilidad pasará a la sociedad, una vez inscrita, si dichos actos resultaren indispensables para su constitución, fuesen aceptados por ella dentro del plazo de tres meses desde su inscripción o si hubieran sido estipulados, dentro de sus facultades, por las personas designadas a tal fin por los socios. A esta responsabilidad quedarán afectos los bienes aportados a la sociedad y sus frutos, cuando la escritura de constitución no se inscribiere dentro del año siguiente a su otorgamiento.

— La sentencia que declare la nulidad de la sociedad no a la validez de las obligaciones o créditos de ésta frente a terceros, y cuando el pago a terceros de las obligaciones contraídas por aquélla así lo exija, los socios estarán obligados a desembolsar sus dividendos pasivos.

C) FUNDACIÓN DE LA SOCIEDAD

1.º Requisitos generales (arts. 1 a 6 del proyecto de reforma de la Ley de Sociedades Anónimas):

contrapartida se pierde la seguridad total característica del sistema de simple inscripción registral vigente en España».

(3) GÓMEZ SEGADE, *ob. cit.*, pág. 30.

1. Escritura pública.
2. Inscripción en el Registro Mercantil.
3. Publicación en el *Boletín Oficial* del Registro Central.

Sobre estos tres puntos nos remitimos a lo ya dicho en el apartado relativo a la constitución de la sociedad.

4. Deberá figurar necesariamente la indicación «sociedad anónima» o su abreviatura, S. A., y no se podrá adoptar una denominación sustancialmente idéntica a la de otra sociedad preexistente (art. 2).

5. La sociedad deberá tener carácter mercantil cualquiera que fuera su objeto (art. 3), no admitiéndose la inexistencia de finalidad lucrativa (esto último se deduce del art. 13, 2.º, al haberse suprimido del mismo —antes, 14, 2.º—, en su última redacción, la anterior frase, que decía: «Si su finalidad no fuera lucrativa, se hará constar expresamente»).

6. Capital mínimo (art. 4):

— No podrá ser inferior a diez millones de pesetas.

El establecimiento de un mínimo de capital es uno de los medios a través de los cuales se pretende reservar la forma de sociedad anónima para la gran empresa (el otro es la exigencia de un número mínimo de socios). Aunque la cifra pueda parecer exagerada, si se tiene en cuenta que el artículo 6 de la segunda Directiva sólo exige un mínimo de 25.000 CUS, es decir, 3.650.000 pesetas, nuestro país se sitúa en el tipo medio de los demás ordenamientos europeos, e incluso hay autores que piensan que tal cifra es escasa para conseguir la finalidad pretendida (4). No obstante, esta innovación ha dado lugar a grandes críticas por el pequeño y mediano empresario.

— Deberá expresarse en moneda nacional.

7. Domicilio en territorio español, que se impone como requisito prioritario para aquellas sociedades anónimas cuya explotación principal radique en dicho territorio (art. 5). Además, tal domicilio deberá fijarse en el lugar donde se halle el centro de su efectiva dirección y administración o alguna de sus explotaciones principales (art. 6).

(4) GARCÍA VALVERDE (en *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, págs. 141 y sigs.) no sólo pone de relieve tal circunstancia, sino también el no haberse fijado un tratamiento adecuado para la conservación de esa cifra.

8. Capital totalmente suscrito y desembolsado, al menos, en una cuarta parte del valor nominal de cada una de las acciones (art. 10).

DE LA CÁMARA, no obstante, admite la posibilidad de crear dos o varias series de acciones, en las que una de ellas sólo estuviera desembolsada en cuanto a un 2,5 por 100 y la otra u otras respecto a la totalidad o por mayor cantidad. Para nosotros, sin embargo, tal mecánica contravendría el artículo 6, 4.º, del Código Civil, por lo que sería de aplicación la doctrina del fraude de Ley (5).

Por tanto, mientras las acciones no hayan sido totalmente desembolsadas deberán revestir la forma de nominativas, siendo válida la fórmula que actualmente se viene empleando —reconocida en la Resolución de la Dirección General de 19 de mayo de 1983— de que en el ínterin, es decir, hasta su total desembolso, dichas acciones serán nominativas, pues «durante ese período, que puede ser más o menos prolongado, se clarifica respecto a terceros la situación en que se encuentra la sociedad, y quedarían identificados los titulares de las acciones obligados al desembolso de los dividendos pasivos».

2.º Fundación simultánea. Requisitos de la escritura de constitución y de los Estatutos (arts. 12 a 19):

1. Escritura de constitución:

— Serán fundadores las personas que otorguen la escritura social y suscriban todas las acciones (art. 12).

Como novedad puede citarse la sustitución de la palabra «asumir» (todas las acciones) del antiguo artículo 10 por la de «suscribir». Esta precisión terminológica no parece suficiente, sin embargo, para resolver la incorrección que ya apuntaba DE LA CÁMARA (6) respecto a dicho precepto, entendiendo que «desde el punto de vista notarial, otorgante es quien emite en la escritura las declaraciones de voluntad que la escritura formaliza. Por tanto, si alguno de los comparecientes interviene en nombre de otro, 'otorgante' es, en rigor, el apoderado y no el poderdante. Por ello hay que entender la expresión legal en un sentido lato y estimar que son fundadores quienes otorgan por sí, o por medio de representante (legal o voluntario), la escritura fundacional».

— Su número no podrá ser inferior a tres, salvo que se trate de sociedades constituidas por el Estado, Comunidades Autónomas, provincias y municipios o por organismos o entidades de ellos dependientes (artículo 12).

(5) DE LA CÁMARA, en *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, pág. 94.

(6) DE LA CÁMARA, en *Estudios de Derecho mercantil*, vol. I, pág. 492.

De este precepto se deduce:

- a) Se mantiene el número mínimo de tres socios fundadores (7).
- b) Se extienden los supuestos excepcionados de tal mínimo (antiguo art. 10) a las sociedades anónimas constituidas por las Comunidades Autónomas.

c) Sin embargo, hay que tener presente el artículo 32, 5.º, según el cual la nulidad de la sociedad no podrá declararse en este supuesto sino cuando falte la voluntad de, al menos, dos socios fundadores.

Para DE LA CÁMARA (8), el requisito de los tres fundadores sólo servirá, si se incumple formalmente (es decir, si la escritura fundacional sólo la otorgan dos personas naturales o jurídicas), para impedir la inscripción de aquélla en el Registro Mercantil, pero la sociedad será válida a tenor de lo dispuesto en el artículo 32, 5.º A nuestro juicio, sin embargo, lo que está haciendo la Ley es confundir sociedad con contrato social —pues aquélla nunca podrá existir sin inscripción—; por eso, el artículo 32, 5.º, se refiere incorrectamente a «sociedad», cuando debía hacerlo a «contrato social».

En cuanto al accionista único, puede entenderse la siguiente construcción (9):

a) Sociedad con un solo socio en su constitución, salvo los casos legalmente exceptuados: será nula.

b) Sociedad válidamente constituida, que posteriormente queda con un solo socio: continuará subsistiendo la misma en tanto los acuerdos tomados por el único socio tengan por finalidad la reconstrucción de la vida social, conforme a lo preceptuado en la Ley. Sobre este punto cabe añadir que sigue teniendo vigencia la doctrina de la Dirección General contenida, entre otras, en las Resoluciones de 11 de abril de 1945, 22 de noviembre de 1957 y 13 de noviembre de 1985, así como la jurisprudencia de las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de octubre, 19 de noviembre de 1955 y otras más (10).

(7) Este mínimo ha experimentado diversas vicisitudes, pues hasta la última versión del anteproyecto el número exigido era cinco.

(8) DE LA CÁMARA, en *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, pág. 80.

(9) Pueden encontrarse interesantes trabajos sobre este tema —realizados a raíz de la publicación del anteproyecto— en *La reforma del Derecho español de sociedades de capital* (ALONSO ÚREBA, págs. 217 y sigs.) y en *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas* (BISBAL y MÉNDEZ, págs. 71 y sigs.).

(10) Ya el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 9 de julio de 1987, estimó, respecto a una sociedad de responsabilidad limitada, que el gestor y a la vez único socio de la sociedad, que contrató de este modo con terceros, ostentó ante éstos un estado equívoco de apariencia societaria puramente formal, propicia al fraude y contraria a la buena fe, por lo que hay que considerarle ilimitadamente responsable. Y el artículo 13 del anteproyecto —luego suprimido— determinaba que «el accionista único responderá ilimitadamente de las deudas sociales».

Entendemos que da apoyo a esta argumentación el artículo 5 de la segunda Directiva de la Comunidad Europea, que en su párrafo 1 dice así: «Cuando la legislación de un Estado miembro exija el concurso de varios socios para la constitución de una sociedad, la reunión de todas las acciones en una sola mano o la reducción del número de socios por debajo del mínimo legal después de la constitución, no implicará la disolución de pleno derecho de esta sociedad».

— Contenido de la escritura:

El artículo 13 establece que en la escritura de constitución de la sociedad se expresarán: 1.º Los nombres, apellidos y estado de los otorgantes, si éstos fueran personas físicas, o la denominación o razón social, si son personas jurídicas, y en ambos casos la nacionalidad y el domicilio. 2.º La voluntad de los otorgantes de fundar una sociedad anónima. 3.º El metálico, los bienes o derechos que cada socio aporte o se obligue a aportar, indicando el título o el concepto en que lo haga y el número de acciones recibidas en pago. En todo caso, ante el Notario autorizante deberá acreditarse la realidad de las aportaciones dinerarias mediante exhibición y entrega de sus resguardos de depósito a nombre de la sociedad en establecimiento de crédito o mediante su entrega para que aquél lo constituya a nombre de ella. Esta circunstancia se expresará en las escrituras de constitución y aumento de capital, así como en las que consten los sucesivos desembolsos. Cuando el desembolso se efectúe, total o parcialmente, mediante aportaciones no dinerarias, deberá expresarse, además, su valor y si los futuros desembolsos se harán en metálico o en nuevas aportaciones *in natura*. En este último caso se determinará su naturaleza, valor y contenido, la forma y el procedimiento de efectuarlas, con mención expresa del plazo de su desembolso, que no podrá exceder de cinco años desde la constitución de la sociedad. Deberá mencionarse, además, el cumplimiento de las formalidades previstas para estas aportaciones en el artículo 31, 4.º La cuantía total o, al menos, aproximada de los gastos de constitución que deban ser de cargo de la sociedad, tanto los ya satisfechos como los meramente previstos hasta que aquélla quede constituida.

En el número 5.º se establecen los requisitos de los Estatutos, que estudiaremos más adelante. En el 6.º, la constancia de las personas que se vayan a encargar de la administración inicial. Y en el 7.º, la posibilidad de incluir cualquier pacto lícito.

a) Nombres, apellidos y estado de los otorgantes, si fueran personas físicas, o su denominación o razón social si son personas jurídicas, y en ambos casos, la nacionalidad y el domicilio.

Este apartado es idéntico al artículo 11, 1.º, anterior de la Ley de Sociedades Anónimas y al artículo 108, 1.º, del Reglamento del Registro Mercantil.

b) La voluntad de los otorgantes de fundar una sociedad anónima.

También idéntico al anterior artículo 11, 2.º, de la Ley de Sociedades Anónimas.

c) Metálico, bienes o derechos que cada socio aporte o se obligue a aportar, indicando el título o concepto en que lo haga y el número de acciones recibidas en pago.

La frase «se obligue a aportar» constituye una innovación respecto a la redacción anterior. No añade nada nuevo —está pensado en la parte de capital no desembolsado—, sino que pretende dar más precisión a la norma.

Debe distinguirse:

a') Aportaciones dinerarias.

Primero: Deberá expresarse su importe en moneda nacional; si la aportación fuese en moneda extranjera, se determinará la equivalencia en moneda nacional con arreglo a la Ley (art. 31, 2.º).

Segundo: Deberá acreditarse su realidad mediante exhibición y entrega de sus resguardos de depósito a nombre de la sociedad en establecimiento de crédito, o mediante su entrega para que aquél lo constituya a nombre de ella; esta circunstancia se expresará en las escrituras de constitución, aumentos de capital y futuros desembolsos (art. 13, 3.º).

en la regulación anterior era suficiente la simple manifestación de los interesados de la realidad de las aportaciones.

b') Aportaciones no dinerarias.

Deberá expresarse (art. 13, 3.º, en relación con el 31):

Primero: Su valor.

Segundo: Si los futuros desembolsos se harán en metálico o en nuevas aportaciones *in natura*. En este último caso se determinará su naturaleza, valor y contenido, forma y procedimiento de efectuarlas, con mención expresa del plazo de su desembolso, que no podrá exceder de cinco años desde la constitución de la sociedad.

Además, cualquiera que fuera su naturaleza, las aportaciones no dinerarias habrán de ser objeto de un informe elaborado por uno o varios expertos independientes designados por el Juez, que, bajo su responsabilidad, identificarán el bien o bienes objeto de la aportación, sus características, valor y criterios utilizados. Este informe se incorporará a la escritura de constitución de la sociedad.

Como aportaciones no dinerarias especiales recoge la Ley:

Primera: Aportación de bienes muebles o inmuebles o derechos asimilados a ellos: el aportante estará obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la aportación en los términos establecidos en el Código Civil para el contrato de compraventa, aplicándose las reglas del Código de Comercio sobre el mismo contrato en cuanto a la transmisión de riesgos.

Segunda: Aportación de un derecho de crédito: el aportante responderá de la legitimidad de éste y de la solvencia del deudor.

Tercera: Aportación de una empresa o establecimiento: el aportante quedará obligado al saneamiento de su conjunto, si el vicio o evicción afectasen a la totalidad o a alguno de los elementos esenciales para su normal explotación. Procederá también el saneamiento individualizado de aquellos elementos de la empresa aportada que sean de importancia por su valor patrimonial.

d) Cuantía total o, al menos, aproximada de los gastos de constitución que deban ser de cargo de la sociedad, y tanto los ya satisfechos como los meramente previstos hasta que aquélla quede constituida.

Estamos, igualmente, ante otra novedad del nuevo texto, cuyo alcance no se comprende. Por otra parte, en el momento del otorgamiento de la escritura es muy difícil saber, aunque sólo sea por aproximación, cuáles van a ser tales gastos.

e) Las personas que se encarguen inicialmente de la administración y representación social.

Esta mención, necesaria en la escritura de constitución —hasta ahora se exigía la constancia del órgano u órganos que habían de ejercer la administración, en los Estatutos, pero no en la constitución— de los primeros administradores, constituye una importante novedad de la reforma. A ello añade el artículo 18 que «los primeros administradores, que deben ser designados en la escritura de constitución, someterán su nombramiento a la aprobación de la primera Junta general que se celebre».

f) Se podrán, además, incluir en la escritura todos los pactos lícitos y condiciones especiales que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a lo dispuesto en la Ley.

2. Peculiaridades de los fundadores (arts. 14 a 16).

— Ventajas:

Los fundadores y los promotores podrán reservarse derechos especiales de contenido económico, cuyo valor en conjunto, cualquiera que sea su naturaleza, no podrá exceder del 10 por 100 de los beneficios netos obtenidos según balance, una vez deducida la cuota destinada a la reserva legal y por un período máximo de diez años. Estos derechos podrán incorporarse a títulos nominativos distintos de las acciones, cuya transmisibilidad podrá restringirse en los Estatutos sociales.

— Responsabilidades, facultades y obligaciones:

a) Los fundadores responderán solidariamente frente a la sociedad, los accionistas y los terceros de la realidad de las aportaciones sociales,

de la valoración de las no dinerarias, de la adecuada inversión de los fondos destinados al pago de los gastos de constitución, de la omisión de cualquier mención de la escritura de constitución exigida por la Ley y de la inexactitud de cuantas declaraciones hagan en aquélla. La responsabilidad de los fundadores alcanzará a las personas por cuya cuenta hayan obrado éstos.

b) Los fundadores y los administradores de la sociedad tendrán las facultades necesarias para hacer la presentación de la escritura de constitución en el Registro Mercantil y, en su caso, en el de la Propiedad, así como para solicitar o practicar la liquidación y para hacer el pago de los impuestos y gastos correspondientes.

c) Los fundadores y los administradores de la sociedad deberán presentar a inscripción en el Registro Mercantil del domicilio social, la escritura de constitución, en el plazo de un mes, a contar desde la fecha de su otorgamiento, y responderán solidariamente de los daños y perjuicios que causaren por el incumplimiento de esta obligación.

3. Los Estatutos.

Deberá constar en ellos lo siguiente:

— La denominación de la sociedad.

Ha de entenderse que sobre este punto sigue vigente la doctrina de la Dirección General de los Registros y Notariado, según la cual, la certificación del Registro General de Sociedades no agota todas las posibilidades de calificación del Registrador, debiendo éste apreciar si existe un obstáculo que impida pueda aceptarse la denominación elegida (Resoluciones de 11, 15, 16, 17, 18, 19 y 20 de octubre de 1984).

— El objeto social, determinando las actividades que lo integran.

Al emplearse la palabra «actividades», creemos que el precepto intenta arrinconar definitivamente la vieja polémica —por otra parte, ya resuelta por la Dirección General en Resoluciones de 1 de diciembre de 1982, 22 de agosto de 1983 y 27 de noviembre de 1985, entre otras— de si es necesario o no precisar el objeto social en los Estatutos. Queda claro, por tanto, la necesidad de determinarlo, aunque tal determinación ha de interpretarse con un criterio amplio, siendo únicamente rechazable aquel que permitiera a la sociedad dedicarse a la industria o comercio en general. La doctrina de la Dirección General sobre este punto sigue, por tanto, plenamente vigente (11).

Tal objeto genérico u omnicomprensivo, pensamos que motivaría la

(11) La Dirección General entiende que será rechazable, por omnicomprensiva, la expresión que recoja de modo indeterminado «toda actividad industrial, mercantil o comercial».

nulidad de la sociedad, pues sería un objeto ilícito y habría de aplicarse el artículo 32, 2, con las consecuencias del artículo 32, a) (12).

Sin embargo, creemos que podía haberse aprovechado la reforma —o bien hacerlo por vía reglamentaria— para deslindar objeto y capacidad, estableciendo la necesidad de distinguir en los Estatutos entre ambos conceptos, o mejor, recoger sólo lo que realmente constituya tal objeto.

— Duración de la sociedad.

— Fecha en que dará comienzo a sus operaciones.

— El domicilio social y las localidades en que vaya a establecer sucursales, agencias o delegaciones, así como el órgano competente para decidir su creación, supresión o traslado.

De este párrafo interesa resaltar:

a) La sustitución de la palabra «lugares», que empleaba el anterior artículo 11, 3.º, e), de la Ley, por la de «localidades», por considerarse más precisa.

b) Sigue en vigor el artículo 105 del Reglamento del Registro Mercantil, por lo que cualquier cambio de domicilio fuera de la misma población deberá entenderse como una modificación de los Estatutos, y serán de aplicación los requisitos necesarios para ella. De todas formas, sobre este punto no remitimos a lo dicho al examinar el artículo 87 del proyecto.

c) La palabra «localidad» entendemos que es equivalente a «término municipal».

— El capital social, expresando, en su caso, la parte de valor no desembolsado, así como la forma y el plazo máximo en que han de satisfacerse los dividendos pasivos [en cuanto a la forma, el art. 47, d), del mismo proyecto establece que será la determinada en los Estatutos o, en su defecto, la que acuerde la Junta general].

Pensamos que el artículo 102, g), del Reglamento del Registro Mercantil, en cuanto completaba a la Ley en su anterior redacción al añadir la frase «o el órgano que ha de decidir su pago» (el de los dividendos pasivos), ha de entenderse afectado por este nuevo precepto, que no se conforma con que conste el órgano que ha de decidir sobre el desembolso de tales dividendos, sino que exige, además, el plazo (13).

— El número de acciones en que estuviera dividido el capital social,

(12) Puede verse, al respecto, DE LA CÁMARA en *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, pág. 112.

(13) La versión anterior del proyecto decía así: «... así como el modo en que han de satisfacerse los dividendos pasivos», y la constancia del plazo fue exigida en su última redacción.

su valor nominal; clase o serie, si existieran varias, con exacta expresión del valor nominal, número y derechos de cada una de las clases; si son nominativas o al portador, procedimiento y las normas para su conversión, así como la parte de su valor nominal efectivamente desembolsado. Deberá, además, mencionarse si se emiten o si se prevé la emisión de títulos múltiples (14).

— El órgano u órganos a los que se confía la administración y la representación de la sociedad, con expresión de las facultades y competencias respectivas, el modo de proveer las vacantes que se produzcan, la forma de deliberar y adoptar los acuerdos, así como, en su caso, el sistema de retribución.

Sobre este punto nos remitimos a lo dicho más adelante respecto a los administradores.

— Los plazos, la forma y el procedimiento para convocar y constituir las Juntas generales, así como el modo de deliberar y adoptar sus acuerdos.

— El régimen de las prestaciones accesorias, caso de establecerse, mencionando expresamente su contenido, su carácter gratuito o retribuido, las acciones a las que se incorpora la obligación de realizarlas, así como las eventuales cláusulas penales inherentes a su cumplimiento.

Como señala DE LA CÁMARA (15), este nuevo contenido legal es de una gran importancia, al sancionarse la posibilidad de que en el contrato social se estipulen a cargo de los socios obligaciones distintas de la típica en una sociedad anónima, es decir, la aportación. Sin embargo, según el citado autor, el precepto es excesivamente escueto, quedando en la duda las siguientes cuestiones: ¿Cuál puede ser el contenido de las prestaciones accesorias? ¿Cabe que las mismas se estipulen después de que la sociedad se hubiera constituido? ¿Qué ocurre si el socio o socios obligados a una prestación accesorio no la cumplen? ¿Qué acontece si el obligado a su cumplimiento transmite sus acciones?

— Los derechos especiales o las ventajas que, en su caso, se reserven los fundadores o promotores de la sociedad.

3.º La fundación sucesiva (arts. 19 a 30 del proyecto de Ley de Sociedades Anónimas).

Dada la escasísima importancia práctica que tiene en nuestro país, no vamos a hacer un estudio pormenorizado de la misma. Baste con la cita hecha de los preceptos en que se encuentra regulada, los cuales compren-

(14) En la anterior redacción del proyecto se determinaba la constancia de las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones, pero fue suprimido tal requisito en su última versión.

(15) DE LA CÁMARA, en *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, págs. 116 y sigs.

den un detallado proceso que va desde la elaboración del programa de fundación hasta la culminación de aquél con la inscripción en la escritura de fundación en el Registro Mercantil.

D) ACCIONES

Esta materia experimenta una detallada y ambiciosa regulación en el proyecto, que modifica en profundidad el capítulo III de la Ley de Sociedades Anónimas. Dicho capítulo [arts. 33 a 47, *m*)] aparece dividido en seis secciones: de la acción y de los derechos del accionista, de las acciones sin voto, de la copropiedad y derechos reales sobre las acciones, de la documentación y transmisibilidad de las acciones, de los dividendos pasivos y de los negocios sobre las propias acciones.

Para el mejor estudio del tema vamos a distinguir los siguientes epígrafes: 1.º Normas generales sobre las acciones. 2.º Restricciones a su libre transmisibilidad. 3.º Las acciones sin voto. 4.º Negociabilidad de las propias acciones. 5.º Copropiedad y derechos reales sobre las acciones.

1.º Normas generales sobre las acciones.

1. *Características de la acción.*—El proyecto sigue, en general, la idea de acción ya recogida en los artículos 33 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas, es decir: la acción es una parte alícuota del capital social, está representada en un título y otorga a su titular la condición de socio, que, a su vez, lleva inherentes una serie de derechos. Añade, no obstante, el número 4 del mismo artículo 33, que «el valor nominal de las acciones en ningún caso podrá ser superior al cociente que resulta de dividir por cien la cifra del capital social».

2. *Derechos que atribuye.*—Hay dos nuevas ideas en el proyecto: a) la información como derecho mínimo de los socios, que ya recogía el actual artículo 65, se incorpora ahora al precepto que regula los derechos económicos [art. 34, 2, *d*)], y b) que podrá fijarse en los Estatutos la posesión de un número mínimo de acciones para asistir a la Junta general, pero —y aquí está la diferencia con el anterior artículo 38— en ningún caso excederá del 5 por 100 del capital social desembolsado con derecho a voto.

3. *Clases y series de acciones.*—El artículo 35 distingue entre clases y series de acciones, constituyendo una misma clase aquellas que tengan el mismo contenido de derechos y siendo las series aquellos conjuntos que teniendo igual valor nominal se integren dentro de una clase.

Se permite la creación de acciones privilegiadas, pero con los siguientes límites (art. 36): a) no es válida la creación de acciones con

derecho a percibir un interés fijo; *b*) tampoco es válida la creación de acciones de voto plural (esta limitación ya la recogía el anterior art. 38), ni la de aquellas acciones que de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho a voto o el derecho de suscripción preferente (esto no es más que la aportación legal de un concepto de acciones de voto plural).

Las acciones deberán revestir la forma nominativa o al portador (artículo 44), pero será necesaria la primera, además de en los supuestos en que no hubiera sido enteramente desembolsado su importe y cuando así lo exigieran disposiciones especiales —que ya recogía la anterior redacción de la Ley—, en el caso de que su libre transmisibilidad estuviera sujeta a cualquier tipo de restricciones y cuando aquéllas incorporasen prestaciones accesorias.

BROSETA, en una monografía publicada ya en el año 1963, había defendido la necesidad de imponer la forma nominativa para aquellas acciones respecto a las cuales los Estatutos de la sociedad contuvieran restricciones a su libre transmisibilidad.

En el mismo precepto, números 2, 3 y 4, se introducen las siguientes novedades: *a*) Salvo disposición contraria de los Estatutos, la sociedad no estará obligada a emitir títulos representativos de sus acciones cuando éstas fuesen nominativas. *b*) Las acciones también podrán estar representadas por medio de anotaciones en cuenta, con arreglo a lo previsto en la normativa reguladora del mercado de valores, sin que ello determine la pérdida de su condición de valores mobiliarios. *c*) Las acciones que deban revestir la forma nominativa también podrán estar representadas por anotaciones en cuenta. Tratándose de acciones cuyo importe no haya sido enteramente desembolsado o de acciones que incorporen prestaciones accesorias, la validez de la anotación en cuenta quedará subordinada a la consignación en la misma de las mencionadas circunstancias (16).

Finalmente, cabe citar aquí la regulación dada, en el artículo 46, al libro registro de las acciones nominativas, que llevará la sociedad, y en el que se inscribirán las sucesivas transferencias de dichas acciones, así como la constitución de derechos reales sobre ellas, reputándose accionista a quien se hallare inscrito en él. Si la acción estuviera representada por medio de título, serán de aplicación, en la medida en que fueran

(16) La Orden de 19 de mayo de 1987 establece en su artículo 2 que «podrán adquirir y mantener Deuda del Estado representada en anotaciones en cuenta, en las cuentas bajo su titularidad abiertas en la central de anotaciones, las entidades e intermediarios financieros que pertenezcan a alguno de los grupos que se relacionan en el número siguiente (Banco de España, Instituto de Crédito Oficial, entidades oficiales de crédito, etc.) y acepten los compromisos previstos en el número 4 de este artículo».

compatibles con el Derecho de sociedades, los artículos 15, 16, 19 y 20 de la Ley Cambiaria y del Cheque, y si no, se procederá de acuerdo con las normas sobre cesión de créditos y demás derechos incorporeales.

4. *Títulos de las acciones.*—El nuevo artículo 45 regula la materia de la que antes se ocupaba el 43 y contiene sustanciales diferencias respecto al mismo. En general, puede decirse que lo único coincidente son los números 1.º y 3.º (requisitos generalísimos de la acción).

Dice así este precepto: «1. Cuando la sociedad emita títulos representativos de sus acciones, el accionista tendrá derecho a recibir los que le correspondan libres de gastos. 2. Los títulos podrán incorporar una o más acciones de la misma serie y contendrán, como mínimo, las siguientes menciones: a) La denominación y domicilio de la sociedad y los datos identificadores de su inscripción en el Registro Mercantil. b) El valor nominal de la acción, su número, la serie a que pertenece y, en el caso de que sea privilegiada, los derechos especiales que otorgue. c) Su condición de nominativa o al portador. d) Las restricciones a su libre transmisibilidad. e) La suma desembolsada o la indicación de estar la acción completamente liberada. f) Las prestaciones accesorias, en el caso de que las incorpore. g) La suscripción de uno o varios administradores, que podrá hacerse mediante reproducción mecánica de la firma. En este caso, se extenderá acta notarial por la que se acredite la identidad de las firmas reproducidas mecánicamente con las que se estampen en presencia del Notario autorizante. Este acta deberá ser inscrita en el Registro Mercantil antes de poner en circulación los títulos. 3. La exhibición del título o, en su caso, del certificado acreditativo de su depósito en una entidad autorizada a tal fin conforme a la normativa reguladora del mercado de valores, será precisa para el ejercicio de sus derechos por parte del accionista. 4. Las disposiciones de este artículo habrán de ser observadas, en cuanto resulten aplicables, para los resguardos provisionales de las acciones. Dichos resguardos revestirán necesariamente la forma nominativa».

El artículo 47 se ocupa de las acciones incluidas en sistemas de fungibilidad, estableciendo que será de aplicación la normativa reguladora del mercado de valores, y el 47, a), de la sustitución de títulos, determinando, entre otros puntos, que la emisión de los nuevos títulos se anunciará en el *Boletín Oficial* del Registro Mercantil y en el diario en que se hubiera publicado el anuncio de canje.

5. *Los dividendos pasivos.*—Aparecen regulados en el artículo 47, apartados d), e) y f), de los que lo único que nos interesa es —y ya nos hemos referido a ello antes— que el accionista que se hallare en mora en el pago de los dividendos pasivos no podrá asistir a las Juntas generales o especiales ni ejercitar el derecho a voto.

2.º Restricciones a su libre transmisibilidad.

La normativa actualmente vigente en cuanto a los pactos limitativos a la libre transmisibilidad de las acciones, se halla contenida exclusivamente en los artículos 46 de la Ley de Sociedades Anónimas y 104 del

Reglamento del Registro Mercantil. La regulación presentada es más detallada, y contempla de modo más estricto aún la existencia de tales pactos.

Está contenida en los artículos 47, b), y 47, c), del proyecto, de los que se deduce la siguiente doctrina:

Para la eficacia de los pactos limitativos a la libre transmisibilidad de las acciones es necesario:

1. Que recaigan sobre acciones nominativas. Se trata, ésta, de una interesante novedad del proyecto. A pesar de que autores como GIRÓN TENA, RUBIO y BROSETA habían defendido la imposibilidad de imponer restricciones a la libre transmisibilidad de acciones al portador, la mayoría de la doctrina, el Tribunal Supremo en Sentencia de 5 de abril de 1961 y el mismo Reglamento del Registro Mercantil, en su artículo 104 («las limitaciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones al portador deberán consignarse, además de en los Estatutos, en los títulos respectivos»), impusieron su validez (17).

Ahora, el proyecto se hace eco no sólo de estas voces doctrinales discordantes con la situación anterior, sino también de la prácticamente totalidad de las legislaciones de la Europa comunitaria.

BROSETA llega a decir (18) que España era la única legislación del mundo occidental civilizado en la que existía —existe todavía— la posibilidad de imponer restricciones estatutarias a la libre circulación de acciones al portador.

Consiguientemente, el artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil va a quedar derogado.

2. Que estén expresamente impuestos en los Estatutos. Este requisito ya se exigía en el anterior —y todavía vigente— artículo 46 de la Ley de Sociedades Anónimas.

3. Que no hagan prácticamente intransmisible la acción. Esto es

(17) Según BROSETA (en *Manual de Derecho mercantil*, 1971, pág. 208), «no es admisible la compatibilidad entre restricciones estatutarias y acciones al portador» porque: a) es absurdo crear acciones al portador, que son títulos que legitiman a cualquier poseedor, y al mismo tiempo querer controlar su transmisión; b) los artículos 46 y 85 de la Ley de Sociedades Anónimas se refieren expresamente a las acciones nominativas; c) esta materia exige una interpretación restrictiva; d) admitir lo contrario constituye una derogación convencional de la ley de circulación de estas acciones, que tiene carácter imperativo, y e) porque, finalmente, ante tales argumentos pierde valor la declaración del artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil por su rango jerárquico y por su propia finalidad. En parecidos términos se expresan RUBIO y GIRÓN TENA. GARRIGUES y URÍA, sin embargo (en *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, tomo I, 1976, págs. 525 y sigs.), aportando una larga enumeración de argumentos —y aun reconociendo que no es la posición de la mayor parte de las legislaciones—, sostienen lo contrario.

(18) BROSETA PONT, en *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, págs. 471 y sigs.

lógico, pues lo contrario sería vulnerar el principio de la libre circulación de las acciones, nota característica y fundamental de las mismas.

4. Que la transmisión no se condicione al requisito de una previa autorización por la sociedad, a no ser que los Estatutos especifiquen las causas en que podrá fundamentarse la denegación; y en este caso, salvo que los mismos Estatutos digan otra cosa, serán los administradores los encargados de otorgar o denegar dicha autorización. Sin embargo, y también salvo que los Estatutos digan otra cosa, la transmisibilidad de acciones cuya titularidad lleve aparejada la obligación de realizar prestaciones accesorias quedará condicionada a la autorización por la sociedad (también la otorgarán los administradores si no se pacta lo contrario en Estatutos).

Teniendo en cuenta que estos requisitos están introducidos en interés de la sociedad, no sería válida la cláusula que subordinara la transmisión al consentimiento de un tercero.

5. En cuanto a las transmisiones *mortis causa* y las que tengan lugar en virtud de procedimiento judicial o administrativo, serán válidos los pactos en Estatutos de restricciones a las mismas, pero únicamente será rechazable la inscripción en el libro registro de acciones nominativas cuando la sociedad presente al heredero un adquirente de las acciones o se ofrezca para adquirirlas ella misma por su valor real.

6. Y en cualquier caso, dice el último párrafo del artículo 47, b), transcurrido el plazo de dos meses desde que se presentó la solicitud de autorización sin que la sociedad haya contestado a la misma, se considerará que dicha autorización ha sido concedida.

3.º Las acciones sin voto.

Se trata de una interesante novedad del proyecto [arts. 37, a); 37, b), y 37, c)] que ya ha sido objeto de regulación en otras legislaciones, como la inglesa, alemana y estadounidense.

Pueden conceptuarse como aquellas acciones que a cambio de determinadas ventajas patrimoniales, superiores a las de las otras acciones, privan a su titular del derecho de voto.

Dice MENÉNDEZ (19) que estas acciones nacen para alcanzar una determinada finalidad y después son utilizadas para otra. Así, nacen para que un pequeño número de accionistas obtenga el control de sociedades en las que siendo aquéllos muy numerosos, quedarían privados del derecho de voto en beneficio del grupo minoritario. Y, sin embargo, llegan

(19) MENÉNDEZ, citado por BROSETA, en *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, págs. 459 y sigs.

a utilizarse para remediar uno de los mayores peligros que existen en el seno de las sociedades anónimas, cual es el absentismo de los socios. Para BELTRÁN (20), las acciones sin voto constituyen, sobre todo, un instrumento específico de financiación, pues la sociedad obtiene fondos propios sin que se modifique la situación de poder existente.

El artículo 38 del anteproyecto exigía que para emitir acciones sin voto, la sociedad tuviera sus acciones admitidas a cotización en Bolsa, requisito que ha sido suprimido en el proyecto.

En cuanto a su contenido jurídico, distinguimos:

1. *Derechos:*

— Económicos:

- a) Percibir un dividendo anual preferente de un 5 por 100, como mínimo, calculado sobre la suma del capital desembolsado de cada acción.
- b) Obtener el mismo dividendo que corresponda a las acciones ordinarias.
- c) Obtener el reembolso del valor desembolsado de sus acciones antes de que se distribuya cantidad alguna a las restantes acciones, en caso de liquidación de la sociedad.
- d) No verse afectados por las reducciones de capital ocasionadas por pérdidas de la sociedad, sino cuando la reducción supere el valor nominal de las restantes acciones.
- e) Suscribir nuevas acciones, cualquiera que sea su clase, en los aumentos de capital, en la misma proporción y condiciones que las acciones ordinarias.

— Políticos: en general, todos aquellos derechos que confieren las acciones ordinarias, salvo lo que diremos en cuanto a las limitaciones.

2. *Límites y limitaciones:*

— El importe nominal de las acciones sin derecho a voto no podrá ser superior a la mitad del capital social desembolsado.

Parece lógico pensar que lo que pretende evitar la Ley al establecer este límite es que mediante grandes emisiones de acciones sin voto, el poder social quedase en manos de un grupo minoritario de accionistas

(20) BELTRÁN, en *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas (Las acciones sin voto)*, pág. 146.

que conservase tal derecho; es decir, debe ser la mayor parte de los accionistas —acciones con voto— quien controle la sociedad. Subyace, por tanto, el principio fundamental de que toda sociedad se regirá por el sistema de mayorías.

— Al estar privados del derecho de voto, los titulares de estas acciones no podrán asistir a las Juntas generales (salvo el representante común), ni aquéllas ser computadas para la obtención de los quórum de constitución.

BELTRÁN (21) señala que no es razonable privarles del derecho de asistencia a las Juntas, no sólo porque la concesión de este derecho no desnaturalizaría las acciones sin voto, sino también porque es una medida sin parangón en otros ordenamientos.

— Estas acciones no otorgan el derecho a nombrar administradores ni a agruparse para designar miembros del Consejo, conforme al artículo 71 de la Ley de Sociedades Anónimas.

3. *Medios de emisión:*

— En el acto constitutivo de la sociedad por el procedimiento ordinario.

— Por vía de aumento de capital.

— Mediante la transformación de acciones con voto en acciones sin voto.

4. *Organización de los accionistas sin voto.*—Los titulares de acciones sin voto constituirán una Junta especial, cuyas funciones serán la de nombrar un representante común y la de deliberar sobre cualquier cuestión que afecte a sus intereses. Será convocada por el representante común o por los administradores de la sociedad cuando lo consideren necesario o a petición de accionistas que representen el 5 por 100 de las acciones sin voto.

El representante común será el encargado de ejecutar las decisiones de la Junta y de tutelar los intereses comunes de los accionistas sin voto. En todo caso, tendrá las facultades de examinar, por sí o por otra persona, los libros de la sociedad, pedir la convocatoria de la Junta general y asistir a ella con voz y sin voto.

Toda modificación estatutaria que afecte directa o indirectamente a los derechos de estas acciones exigirá el acuerdo adoptado en la Junta especial.

4.º Negociabilidad de las propias acciones.

Se contiene una detallada regulación en los artículos 47, g), a 47, m),

(21) BELTRÁN, *ob. cit.*, pág. 161.

del proyecto, pero nosotros nos vamos a limitar a hacer una mera referencia a ella.

La normativa se asienta en el principio general de prohibición a la sociedad de suscribir acciones propias de la misma o que hubieran sido emitidas por su sociedad dominante [en el art. 47, *II*), incluso se determina qué ha de entenderse por sociedad dominante y por persona interpuesta]. Tal principio, entiende PAZ-ARES, tiene una doble justificación, patrimonial y organizativa; desde el punto de vista patrimonial, porque los negocios sobre las acciones propias entrañan el constante peligro de que por medio de ellos se proceda a una liquidación encubierta del patrimonio social, y desde el punto de vista organizativo interno, porque dichos negocios comportan un elevado riesgo de perturbación del sistema de distribución del poder dentro de la sociedad, poniendo al alcance del órgano administrativo la posibilidad de maniobrar alterando las reglas de formación de la voluntad social (22).

Sin embargo, tal afirmación se contrapesa con la posibilidad de tal adquisición si se cumplen una serie de requisitos especificados, y más adelante se amplía todavía más esta permisibilidad para una serie de casos en los que no es necesario el cumplimiento de los requisitos anteriores (cuando las acciones propias se adquieran en virtud de una reducción del capital, cuando formen parte de un patrimonio adquirido a título universal, cuando estando íntegramente liberadas sean adquiridas a título gratuito y cuando estando igualmente liberadas se adquieran como consecuencia de una adjudicación judicial para satisfacer un crédito de la sociedad frente al titular de esas acciones).

Se hace también una regulación específica del régimen aplicable a estas acciones adquiridas por la sociedad (quedará en suspenso el ejercicio del derecho a voto y demás derechos políticos, los derechos económicos se atribuirán proporcionalmente al resto de las acciones, dichas acciones se computarán a efectos de calcular las cuotas necesarias para la constitución y deliberación de la Junta, se establecerá en el pasivo del balance una reserva indisponible equivalente al importe de esas acciones y se exigen unos requisitos mínimos para el informe de la sociedad adquirente y, en su caso, de la dominante).

Y cabe citar, por último, el artículo 47, *k*), según el cual, «la sociedad sólo podrá aceptar en prenda o en otra forma de garantía sus propias acciones o las emitidas por la sociedad dominante, dentro de los límites y con los mismos requisitos aplicables a la adquisición de las mismas». Hay aquí, por tanto, una matización muy importante al rotundo enuncia-

(22) PAZ-ARES, en *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, página 480.

do del artículo 167 del Código de Comercio: «Las compañías anónimas no podrán prestar nunca con la garantía de sus propias acciones».

5.º *Copropiedad y derechos reales sobre las acciones.*

Como ya hemos apuntado anteriormente, la sección tercera del capítulo III de la Ley de Sociedades Anónimas, según la regulación proyectada, se ocupa de la copropiedad y los derechos reales sobre las acciones. Sustancialmente, sin embargo, la normativa es muy semejante a la anterior, si bien es más profundo y amplio el estudio del usufructo y se hace una referencia al embargo de acciones.

1. *Copropiedad de acciones.*—El nuevo artículo 38 es idéntico al anterior 40, salvo la última frase del párrafo segundo, que dice así: «La misma regla se aplicará a los demás supuestos de cotitularidad de derechos sobre las acciones». Consiguientemente, la normativa reguladora de la copropiedad de acciones se aplicará, en los mismos términos, a los demás supuestos de cotitularidad sobre las mismas.

2. *Usufructo de acciones.*—Dentro de la tónica general respecto a la regulación actualmente vigente, pueden citarse las siguientes novedades:

a) Se sustituye la anterior frase: «el usufructuario tendrá derecho a participar en las ganancias sociales obtenidas durante el período de usufructo y que se repartan dentro del mismo», por la siguiente: «el usufructuario tendrá derecho en todo caso a los dividendos acordados por la sociedad durante el usufructo». Con ello parece claro que el usufructuario tendrá derecho no sólo a los beneficios obtenidos y repartidos durante el período de usufructo, sino también a los simplemente acordados, aunque no se hubieran repartido durante dicho período e incluso si tal reparto tuviera lugar después de extinguido el usufructo.

b) Son objeto de especial regulación las relaciones internas entre usufructuario y nudo propietario (art. 39, 2.º).

Respecto a esto, cabe decir:

Al establecerse, como regla general, que «las relaciones entre el nudo propietario y el usufructuario se regirán por el título constitutivo del usufructo», se está dando carta de naturaleza, y por ello plena vigencia, a la doctrina recogida en la Resolución de la Dirección General de 10 de septiembre de 1982, según la cual es admisible el pacto estatutario por el cual se atribuyan los derechos de socio al usufructuario, parece que incluso aunque tal atribución lo fuera respecto a la totalidad de dichos derechos.

No obstante, GARRIGUES y URÍA habían escrito que, al amparo del todavía vigente artículo 41 de la Ley de Sociedades Anónimas, no todos los derechos de socio son atribuibles al usufructuario, pues hay algunos que son inseparables de la titularidad de la acción, es decir, del nudo

propietario: tales como los de transmitir y negociar las acciones, el de separación de la sociedad y el de ejercitar la acción de responsabilidad contra los administradores (23).

Una vez determinada la regla general vista, se especifica: «Salvo que este título —el título constitutivo— establezca otra cosa, el usufructuario tendrá derecho a exigir del nudo propietario los beneficios propios de la explotación de la sociedad integrados durante el usufructo en las reservas expresas que figuren en el balance de la sociedad, cualquiera que sea la naturaleza o denominación de las mismas, siempre que tales reservas subsistan en el patrimonio social al término de aquél. Si las partes no llegaran a un acuerdo sobre el importe a abonar, éste será fijado a petición de cualquiera de ellas y a costa de ambas, por los auditores de cuentas de la sociedad, y si ésta no estuviera obligada a auditarlas, por un auditor de cuentas designado por el Juez del domicilio de la sociedad».

Está suficientemente claro que el usufructuario, para el abono de tales beneficios, podrá dirigirse contra el nudo propietario, pero no contra la sociedad, y puede citarse aquí la Resolución de la Dirección General de 4 de marzo de 1981, que no admite la cláusula estatutaria que con carácter general remita al título constitutivo del usufructo, sin que el contenido de este usufructo conste en los Estatutos.

c) En cuanto al usufructo de acciones no liberadas, a lo que actualmente constituye el contenido del artículo 41, 2.º, se añade lo siguiente: «Si no hubiere cumplido esa obligación cinco días antes del vencimiento del plazo fijado para realizar el pago, podrá hacerlo el usufructuario, sin perjuicio de repetir contra el nudo propietario».

d) Es nuevo el artículo 42 respecto al pago de compensaciones: «Las cantidades que hayan de pagarse en virtud de lo dispuesto en los tres artículos anteriores podrán abonarse bien en metálico, bien en acciones de la misma clase que las que hubieren estado sujetas a usufructo, calculando su valor por la cotización media del trimestre anterior si cotizaren oficialmente y, en otro caso, por el valor que les corresponda conforme al último balance de la sociedad que hubiere sido aprobado».

e) Usufructo y derecho de suscripción preferente en los aumentos de capital. El artículo 41 establece las siguientes reglas:

Si el nudo propietario no ejerce o enajena el derecho de suscripción preferente en el plazo de diez días: el usufructuario estará legitimado para proceder a la venta de los derechos o a la suscripción de las acciones.

Si los derechos de suscripción preferente se enajenan (por el nudo propietario o por el usufructuario): el usufructo se extenderá al importe

(23) GARRIGUES y URÍA, en *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, tomo I, 1976, pág. 479. Esta misma postura sigue VELASCO ALONSO.

obtenido por la enajenación o a los bienes en que hubiese sido invertido.

Si se suscriben nuevas acciones (por el nudo propietario o por el usufructuario: el usufructo se extenderá a las acciones cuyo desembolso hubiera podido realizarse con el valor total de los derechos utilizados en la suscripción.

Si durante el usufructo se ampliase el capital con cargo a los beneficios o reservas constituidas durante el mismo: los nuevos títulos corresponderán al nudo propietario, pero se extenderá a ellos el usufructo.

f) Prenda de acciones. No ha experimentado variación.

g) Embargo de acciones. Se establece la aplicación de las disposiciones relativas a la prenda de acciones, siempre que fuesen compatibles con el régimen específico del embargo.

E) MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS: AUMENTO Y REDUCCIÓN DE CAPITAL

1.º Modificación de Estatutos, en general.

Definía GARRIGUES la modificación de Estatutos como cualquier alteración que se realice en su redacción, tenga o no carácter esencial (24). La modificación estatutaria es una operación de especial trascendencia para la vida social, que ha de realizarse con relativa frecuencia de acuerdo con las vicisitudes porque pasa la entidad y las exigencias de su actividad económica.

En la normativa comunitaria dos supuestos de modificación estatutaria (el aumento y la reducción de capital) están ampliamente tratados en la segunda Directiva; a la modificación estatutaria, en general, sólo se hace referencia en el artículo 2 de la primera Directiva, que la somete a una «publicidad obligatoria» en un Registro Mercantil o Registro de Sociedades. El proyecto estructura el capítulo V de la Ley de Sociedades Anónimas en tres secciones, que se ocupan, respectivamente, de la modificación de Estatutos, del aumento y de la reducción de capital.

En relación a la primera sección, deben distinguirse dos cuestiones:

1. *Procedimiento de modificación de Estatutos.*—Comprende las siguientes etapas (art. 84):

a) Elaboración por los administradores o por los accionistas autores de la propuesta de un informe justificativo de la misma.

(24) JOAQUÍN GARRIGUES: *Curso de Derecho mercantil*, Madrid, 1982, edición revisada por ALBERTO BERCOVITZ.

b) Convocatoria de la Junta, expresando los extremos que hayan de modificarse.

c) Examen por los accionistas de la propuesta de modificación y el informe de la misma (facultad que debe destacarse en la convocatoria).

d) Acuerdo de la Junta con la mayoría del artículo 58.

e) Elevación del acuerdo a escritura pública.

f) Inscripción en el Registro Mercantil y publicación en el *Boletín Oficial* del Registro Mercantil.

En caso de que el acuerdo se adopte en Junta universal y por unanimidad, no serán necesarios los requisitos relativos a la convocatoria, y entendemos que tampoco el examen de la propuesta e informe por los accionistas (en cuanto que es una facultad de éstos a la que pueden renunciar) (25).

2. Supuestos de modificación de Estatutos:

a) Modificación que implique nuevas obligaciones para los accionistas, requiere la aquiescencia de los interesados (art. 85, 1).

b) Modificación que consista en restringir la transmisibilidad de 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 (art. 85, 2.º).

c) Modificación perjudicial para una clase de acciones: ha de ser aprobada en Junta general con los requisitos establecidos en el artículo 84, y también por la mayoría de las acciones pertenecientes a la clase en cuestión. El acuerdo de los accionistas afectados ha de adoptarse, con los requisitos prevenidos en el artículo 84, en Junta especial o a través de votación separada en la Junta general (art. 86).

d) Cambio de objeto. Los accionistas que no hayan votado a favor del acuerdo tienen derecho a separarse de la sociedad, obteniendo el reembolso de sus acciones en los términos que establece el artículo 85, 4.º. El artículo 85, 5.º, del proyecto establece que: «El cambio de objeto sólo se hará efectivo cuando, transcurrido el mes mencionado en el apartado anterior, se inscriba en el Registro la declaración de que ningún socio ha hecho uso de su derecho de separación o de haberse reembolsado las acciones de quienes ejercieron ese derecho». En consecuencia, la inscripción requerirá la presentación de dos documentos: 1) Acuerdo de la Junta general. 2) Declaración de los administradores, que deberá ser de fecha posterior en, al menos, un mes.

(25) Es discutible si será necesaria una expresa declaración de renuncia o si, por el contrario, se entiende ésta realizada por el solo hecho de adoptar el acuerdo de modificación de Estatutos como misión de este trámite.

e) Cambio de domicilio. El cambio de domicilio a otra población dentro de territorio español no reviste peculiaridad alguna. El cambio de domicilio dentro de la misma población puede ser acordado por los administradores, haciéndose constar en escritura pública e inscribiéndose en el Registro Mercantil (art. 87, 1.º). El cambio de domicilio a una población extranjera sólo puede realizarse cuando exista un convenio internacional, ratificado por España, que lo permita con el mantenimiento de la misma personalidad jurídica. Los accionistas que no voten a favor del acuerdo tienen, en este caso, derecho de separación (art. 87, 2.º).

f) Cambio de denominación. La única peculiaridad radica en la necesidad de su anuncio en dos periódicos de gran circulación en la provincia o provincias respectivas; requisito también exigible en los casos de cambio de domicilio o modificación del objeto social. Una vez inscrito el cambio de denominación social en el Registro Mercantil, se hará constar en los demás Registros por medio de notas marginales (art. 88).

Debe tenerse en cuenta que el nuevo precepto establece, con relación al anuncio en la prensa, que sin esta publicidad el cambio de denominación, de domicilio o de objeto no podrá inscribirse en el Registro Mercantil; con esto queda superada la doctrina de la Resolución de 21 de marzo de 1987, que entendió que el incumplimiento de la obligación de dar publicidad a los acuerdos en la prensa diaria tiene como único significado la posibilidad de exigir responsabilidad a los administradores, no siendo requisito para la validez del acuerdo ni obstáculo para la inscripción.

2.º Aumento de capital.

1. *Naturaleza y requisitos.*—Siendo el capital social mención necesaria de los Estatutos [art. 13, 5.º, f)], todo aumento o reducción de capital implicará necesariamente la modificación de éstos. En el régimen del proyecto, el aumento de capital, aparte de los requisitos procedimentales que posteriormente examinaremos, podemos señalar los dos siguientes, que pueden calificarse de «estructurales»:

a) Si el contravalor del aumento de capital consiste en aportaciones dinerarias, es requisito previo el total desembolso de las acciones anteriormente emitidas (salvo en las sociedades de seguros); puede realizarse, sin embargo, el aumento si existe una cantidad pendiente de desembolso que no excede del 3 por 100 del capital social (art. 90, 4.º).

b) La ampliación de capital deberá respetar las ideas fundamentales que configuran la noción de «sociedad anónima»; entre ellas, las que exigen una pluralidad de socios: es de esencia al concepto de sociedad la aportación de bienes y actividad por parte de varios individuos para

obtener un fin común. Dado que no existe ningún precepto en el proyecto que lo contradiga (en la versión definitiva desapareció la referencia que a las situaciones en que una única persona posee todas las acciones hacía el art. 13 del anteproyecto), debe entenderse subsistente la doctrina de la Resolución de 13 de noviembre de 1985, que consideró que no es inscribible una escritura de ampliación de capital en virtud de acuerdo adoptado en Junta celebrada por el único socio, titular de todas las acciones, y que procede a suscribir la totalidad de la ampliación, puesto que si bien nuestro Derecho adopta el criterio de la subsistencia de la sociedad de socio único, ello se debe únicamente al deseo de evitar los perjuicios que se derivarían de la inmediata disolución, pero sin que tal subsistencia pueda quedar al arbitrio del accionista, de forma que si el acuerdo no tiende a reconstruir la normal vida social, sino a perpetuar la anormal situación existente, debe excluirse el acceso de este acuerdo al Registro Mercantil.

2. *Clases.*—Atendiendo a la forma de efectuarlo, puede tratarse de un aumento de capital por emisión de nuevas acciones o por aumento de capital de las ya existentes (art. 89, 1.º). En este segundo caso es necesario el consentimiento de todos los accionistas, salvo en caso de que se haga con cargo a reservas o beneficios de la sociedad (art. 90, 2.º).

En atención a la naturaleza de la contraprestación, el aumento puede realizarse (art. 89, 1.º):

- a) Aumento mediante nuevas aportaciones dinerarias.
- b) Aumento mediante nuevas aportaciones no dinerarias.
- c) Aumento mediante la compensación de créditos contra la sociedad. El crédito ha de ser líquido y exigible, cuando menos, en un 25 por 100, siendo el vencimiento de la parte restante por un plazo no superior a los cinco años [art. 92, 1.º, a)].
- d) Aumento mediante la transformación de reservas o beneficios que ya figuraban en el patrimonio social. En el primer caso podrán utilizarse las reservas disponibles, las primas de emisión y la reserva legal en la parte que exceda del 10 por 100 del capital ya aumentado (art. 93, 1.º). Deberá servir de base a la operación un balance, cerrado en los términos del artículo 93, 2.º
- e) Aumento mediante la conversión de obligaciones en acciones. En este caso, la ampliación se regirá por lo establecido en el acuerdo de emisión de las obligaciones (art. 92, 2.º).

3. *Procedimiento de ampliación.*—Pueden distinguirse las siguientes fases:

a) Convocatoria de la Junta, expresando los extremos de los Estatutos que habrán de modificarse (en este caso, el hecho del aumento de capital: art. 90, 1.º, que remite al 84).

b) Puesta a disposición de los accionistas del informe que deberá elaborarse, justificando el aumento de capital (art. 84, 1.º, 1). En caso de aportaciones no dinerarias deberá, además, ponerse a disposición de los accionistas una memoria de los administradores, en la que se describan con detalle las aportaciones proyectadas, el nombre del aportante, el número y valor nominal de las acciones que hayan de entregarse y las garantías adoptadas según la naturaleza de los bienes, y un informe en el que se describan y valoren las aportaciones proyectadas (art. 91, 1.º). Si la ampliación se realiza por compensación de créditos, deberá ponerse a disposición de los accionistas una certificación del auditor de cuentas que acredite que una vez verificada la contabilidad social resultan exactos los datos ofrecidos por los administradores sobre los créditos en cuestión [artículo 92, 1.º, b)].

c) Adopción del acuerdo de ampliación por la Junta, con el quórum del artículo 58 de la Ley (art. 84, 1.º, 4, al que se remite el art. 90, 1.º).

d) Ejecución del acuerdo. La ejecución del acuerdo supone la puesta en circulación de las acciones, es decir, su emisión y ofrecimiento de suscripción. Las acciones deberán desembolsarse en este acto, al menos, en un 25 por 100 (art. 89, 2.º). Cabe la posibilidad de que la ejecución del acuerdo se consume en el propio acto de celebración de la Junta (así, si en este acto las acciones son suscritas totalmente, previo ejercicio o renuncia por los socios a su derecho de suscripción preferentes). Pero también cabe que la Junta delegue en los administradores la facultad de ejecutar un acuerdo ya adoptado, facultándoles para determinar la fecha en que debe llevarse a efecto y las condiciones del mismo; el plazo, en este caso, no podrá exceder de un año, salvo en el caso de conversión de obligaciones en acciones (art. 90) (26).

En los supuestos en que la ejecución del acuerdo no se realice en la propia Junta habrán de cumplirse las siguientes etapas:

a') El acuerdo deberá inscribirse en el Registro Mercantil provincial que corresponda, y publicarse en el *Boletín Oficial* del Registro Mercantil, salvo si las acciones son nominativas, caso en el que podrá sustituirse

(26) La ejecución por los administradores del acuerdo de aumento de capital es un supuesto distinto al del capital autorizado: en éste, los administradores, previa habilitación de la Junta, son los que adoptan la decisión de aumentar el capital; en aquel caso, los administradores se limitan a llevar a efecto una decisión adoptada por la Junta. La posibilidad de que los administradores ejecuten el acuerdo de la Junta General no está contemplada por la vigente Ley de Sociedades Anónimas, pero sí por el artículo 116 del Reglamento del Registro Mercantil.

esta publicación por una comunicación escrita a cada uno de los accionistas (art. 95, 1.º y 2.º).

El Proyecto no alude expresamente a la inscripción en los Registros provinciales, pero entendemos que ésta es necesaria, dado que del proyectado artículo 18 del Código de Comercio se deduce que el Registro Central (del que depende el *Boletín*) recibe los datos necesarios para su funcionamiento de los citados Registros provinciales.

b') Apertura de un plazo, al menos, de un mes desde la publicación o desde el envío de la carta, en el que los accionistas podrán ejercitar su derecho de suscripción preferente (art. 95, 1.º).

c') Si los accionistas no ejercitan este derecho, las acciones podrán ser ofrecidas al público; en este caso, deberá elaborarse un boletín de suscripción, que deberá reunir las circunstancias que indica el artículo 97 del proyecto.

d') Si el aumento de capital no se suscribe íntegramente, el capital solamente se aumentará en la cuantía de las suscripciones efectuadas si las condiciones de la emisión hubiesen previsto expresamente esta posibilidad (art. 99).

e') Los suscriptores pueden pedir la resolución de la obligación de hacer la aportación, y la restitución de las aportaciones efectuadas si transcurridos seis meses desde que se abrió el plazo de suscripción, no se hubieran presentado para su inscripción en el Registro los documentos acreditativos de la ejecución del aumento de capital (art. 99, 2.º).

4. *Supuestos especiales.*—Existen dos supuestos en que el procedimiento expuesto anteriormente sufre una alteración:

a) Cabe la posibilidad de que el acuerdo de aumentar el capital no sea adoptado por la Junta, sino por los administradores. Es el supuesto del artículo 94, que recoge la figura del capital autorizado en términos muy similares al actual artículo 96 de la Ley de Sociedades Anónimas.

b) Existen casos en que no hay derecho de suscripción preferente; el artículo 95, 1.º, reconoce esta facultad a los accionistas «en las ampliaciones de capital con emisión de nuevas acciones y en las emisiones de obligaciones convertibles»; luego en los demás supuestos de ampliación de capital parece que no existirá este derecho, tal como dispone el artículo 96, 2.º, que lo excluye en los casos de compensación de créditos u otras aportaciones no dinerarias, de conversión de obligaciones en acciones y de absorción de otra sociedad.

Aparte lo anterior, el artículo 96, 1.º, contempla la posibilidad de que la Junta acuerde la exclusión total o parcial del derecho de suscrip-

ción preferente cuando así lo exija el interés de la sociedad. Para la validez de este acuerdo será necesario que en la convocatoria de la Junta se haya hecho constar la propuesta de supresión y que por los administradores se redacte una memoria en la que justifiquen la propuesta y un informe elaborado bajo su responsabilidad por el auditor de cuentas sobre el valor real de las acciones de la sociedad.

3.º Reducción de capital.

1. *Modalidades*.—Atendiendo a su finalidad cabe distinguir: la reducción que tiene por objeto la condonación de dividendos pasivos o la devolución de aportaciones; la que tiene por objeto el restablecimiento del equilibrio entre el capital y el patrimonio de la sociedad disminuido por consecuencia de pérdidas, y la que tiene por objeto la constitución o el incremento de la reserva legal (art. 100, 1.º).

La reducción de capital para compensar pérdidas o para constituir o ampliar la reserva legal sólo puede llevarse a efecto cuando la sociedad no cuente con reservas voluntarias o cuando la reserva legal no exceda del 10 por 100 del capital [art. 101, *d*), 1.º].

2. *Reducción de capital y capital mínimo*.—El fenómeno de la reducción de capital estará condicionado en el futuro por el hecho de que la sociedad anónima ha de tener un capital mínimo de diez millones de pesetas (27); por tanto, no podrá admitirse una reducción de capital por debajo de esta cifra en aquellos casos en que dicha reducción dependa de la voluntad de la sociedad. El problema se plantea en las reducciones por pérdidas cuando el patrimonio de la sociedad sea, de hecho, inferior a la cifra de diez millones. El artículo 101, *d*), 5.º, establece que 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 del capital mediante nuevas aportaciones hasta una cifra igual o superior al mínimo legal (salvo que se acuerde la transformación de la sociedad). El artículo 101, *d*), 6.º, establece que podrá también realizarse la operación a que se refiere el párrafo anterior reduciendo el capital a cero, siempre que se acuerde simultáneamente el aumento de capital según lo previsto en dicho párrafo y respetando el derecho de suscripción preferente de los accionistas.

3. *Procedimiento de aumento de capital*.—Comprende las siguientes fases:

(27) Es de señalar que el artículo 4 del proyecto no establece la cifra de capital como requisito fundacional de la sociedad, sino como elemento esencial de la misma al declarar tajantemente: «El capital social no podrá ser inferior a diez millones de pesetas».

a) Convocatoria de la Junta indicando los extremos de los Estatutos que habrán de modificarse (en este caso, la cifra de capital).

b) Examen por los accionistas de la propuesta de modificación (artículo 84).

c) Adopción del acuerdo por la Junta, con el quórum del artículo 58, expresando, como mínimo, la cifra de reducción del capital, la finalidad de la resolución, el procedimiento mediante el cual la sociedad ha de llevarlo a cabo, el plazo de ejecución y la suma que haya de abonarse, en su caso, a los accionistas (art. 101, 2.º); si la reducción implica amortización de acciones mediante reembolso a los accionistas y la medida no afecta por igual a todas las acciones, será preciso el acuerdo de la mayoría de los accionistas interesados en la forma prevista por los artículos 84 y 86 (no es sino una aplicación de la regla general, que establece que la modificación perjudicial para una clase de acciones requiere la aprobación de la mayoría de los accionistas pertenecientes a la clase en cuestión).

d) Publicación del acuerdo de reducción en el *Boletín Oficial* del Registro Mercantil y en dos periódicos de gran circulación de la provincia en que la sociedad tenga su domicilio [art. 101, a)].

e) Plazo de un mes, a contar desde el último anuncio, en el que los acreedores podrán ejercitar la facultad de oponerse a la reducción; en caso de oposición, la reducción no puede llevarse a efecto hasta que la sociedad preste garantía a favor del acreedor, o si existiera discrepancia sobre la adecuación de la garantía, hasta que recaiga sentencia firme sobre el particular [art. 101, b)].

No gozan de la facultad de oponerse los acreedores cuyos créditos se encuentren ya adecuadamente garantizados [art. 101, b), 1.º], ni tampoco en los casos que determina el artículo 101, c): reducción por pérdidas, reducción que tiene por finalidad la constitución o el incremento de la reserva legal y reducción con cargo a los beneficios, las reservas libres o por vía de amortización de las acciones adquiridas por la sociedad a título gratuito. En este caso, el importe del valor nominal de las acciones amortizadas o de la disminución del valor nominal de las acciones deberá destinarse a una reserva, de la que sólo será posible disponer con los mismos requisitos exigidos para la modificación del capital social.

4. *Ejecución del acuerdo.*—Siendo las acciones títulos representativos del capital social, la modificación de la cifra de éste ha de llevar aparejada necesariamente una alteración en los títulos; en el aumento de capital, la alteración consiste en la emisión de nuevas acciones; en la reducción de capital caben tres posibilidades:

a) Recogida de todas las acciones para su canje, esto es, entrega de nuevos títulos a los socios.

b) Recogida de las acciones para su estampillado, esto es, para la alteración de su valor nominal.

c) Adquisición por la sociedad de parte de sus acciones para amortizarlas; en este caso, debe ofrecerse la compra a todos los accionistas, bien publicando la propuesta en el *Boletín Oficial* del Registro Mercantil, bien, cuando todas las acciones sean nominativas y así lo hayan previsto los Estatutos, mediante el envío de la propuesta a cada uno de los accionistas [art. 101, e)].

Estas tres posibilidades están contempladas en el artículo 100, 2.º: «La reducción podrá realizarse mediante la disminución del valor nominal de las acciones, su amortización o su agrupación para canjearlas».

F) TRANSFORMACIÓN, FUSIÓN Y ESCISIÓN

1.º Transformación.

El anteproyecto elaborado por la Comisión General de Codificación no contemplaba ninguna alteración de los artículos relativos a la transformación de sociedades. El proyecto definitivo modifica tres artículos, que afectan a las siguientes materias:

1. *Derecho de separación de los accionistas*.—El actual artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas establece que el acuerdo de transformación sólo vincula a los socios que hayan votado a su favor. El proyecto establece la misma norma en relación a los acuerdos de «... transformación de una sociedad anónima en una sociedad colectiva o comanditaria, simple o por acciones...»; de donde se deduce que no habrá derecho de separación en los casos de transformación de una sociedad anónima en sociedad de responsabilidad limitada (28).

2. *Responsabilidad de los socios*.—En el artículo 139 se sustituye el término «responsabilidad limitada» por el de «responsabilidad ilimitada»; con ello se subsana un error material de la Ley de 1951.

3. *Transformación en sociedad anónima*.—El nuevo artículo 140 exige que a la escritura, que deberá contener todas las menciones nece-

(28) Pero dado que la transformación de anónima en limitada supone la limitación a la posibilidad de transmitir los derechos de socio (la transmisión de las participaciones sociales está sometida a las limitaciones del art. 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), el artículo 85, 3.º, del proyecto establece que los socios que no hubieren votado a favor del acuerdo de transformación no quedarán sujetos a él en el plazo de tres meses, a contar desde la publicación en el *Boletín Oficial* del Registro Mercantil; es decir, que en este plazo podrán transmitir libremente sus participaciones.

sarias para la constitución de una sociedad anónima, deberá incorporarse un informe de expertos independientes sobre el patrimonio social no dinerario.

2.º Fusión.

1. *Concepto de fusión.*—El artículo 142 del proyecto dispone: «a) La fusión de cualesquiera sociedades en una sociedad anónima nueva implicará la extinción de cada una de ellas y la transmisión en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad que haya de adquirir por sucesión universal los derechos y obligaciones de aquéllas. Si la fusión hubiese de resultar de la absorción de una o más sociedades por otra anónima ya existente, ésta adquirirá, en igual forma, los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán, aumentando, en su caso, el capital social en la cuantía que proceda... b) Los socios de las sociedades extinguidas participarán en la sociedad nueva o en la absorbente, recibiendo un número de acciones proporcional a sus respectivas participaciones...».

Con relación a la redacción actual del artículo 142, se aprecia una única modificación: se alude expresamente a la extinción de la sociedad absorbida o de las sociedades que se fusionan para crear otra, suprimiéndose en el primer inciso del primer apartado de este artículo la referencia que se hacía al «previo acuerdo de disolución». Dice ALBERTO BERCOVITZ que con esta modificación se pretende destacar que la fusión no implica un doble acuerdo —disolución y traspaso en bloque del patrimonio social—, sino un acuerdo único que produce diversos efectos: el efecto de la disolución y el efecto del traspaso en bloque del patrimonio (tesis que había sido mantenida por la mayor parte de la doctrina) (29).

2. *Ambito de aplicación.*—La determinación de las sociedades que pueden fusionarse plantea las siguientes cuestiones:

a) Tipos de sociedades. La tercera Directiva se refiere exclusivamente a la fusión de sociedades anónimas; el proyecto, siguiendo la legislación vigente, tiene un contenido más amplio al regular «la fusión de cualesquiera sociedades en una sociedad anónima nueva» y «la absorción de una o más sociedades por otra anónima ya existente», es decir, los artículos 142 y siguientes se aplicarán cualquiera que sea la naturaleza de la sociedad absorbida o de las que se fusionan, siempre que la absorbente o la nueva sociedad que se crea sean situaciones anónimas.

b) Situación de las sociedades. Innovación del proyecto es el artículo 142, 3.º, que permite que las sociedades en liquidación puedan partici-

(29) ALBERTO BERCOVITZ: «La fusión de sociedades», en *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, varios autores, Ed. Civitas, Madrid, 1987.

par en una fusión siempre que no haya comenzado el reparto de su patrimonio entre los accionistas.

c) Nacionalidad de las sociedades. Las normas contenidas en los artículos 142 y siguientes del proyecto son de aplicación únicamente a la fusión de sociedades españolas. Ha de tenerse en cuenta que la actual normativa comunitaria no trata de establecer un Estatuto jurídico único para todas las sociedades anónimas europeas, sino de armonizar las garantías que las diversas legislaciones establecen a favor de los terceros que se relacionan con la sociedad en relación con el principio de libertad de establecimiento); en esta línea, la tercera Directiva se ocupa de la fusión de sociedades que están sometidas a la legislación de un solo y mismo Estado miembro, sin plantearse la posibilidad de una fusión transfronteriza. La creación de un mercado único hará inevitable en el futuro la fusión de sociedades de distintos Estados; el artículo 220 del Tratado constitutivo de la CEE establece que los Estados miembros celebrarán entre ellos, cuando sea necesario, negociaciones dirigidas a asegurar la posibilidad de fusiones transfronterizas; en la actualidad no se ha celebrado ningún tratado de este tipo. Tampoco ha prosperado la propuesta de décima Directiva, presentada en 1985, sobre fusiones transfronterizas de sociedades anónimas.

El único instrumento que hoy por hoy tienen a su alcance las sociedades que desean colaborar en una determinada actividad es el Reglamento (CEE) 2137/1985, de 25 de julio, relativo a la constitución de una agrupación europea de interés económico. No es fácil determinar la naturaleza de esta «agrupación»; no obstante, existe una clara diferencia con relación a la fusión: no supone la extinción de las entidades que la integran, ya que la finalidad de la agrupación no es la creación de una nueva entidad que incorpore las actividades y operaciones de otras de menor tamaño, sino facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros para permitirles mejorar sus propios resultados.

3. *Tipos de fusión.*—El artículo 142 del proyecto mantiene la distinción entre las dos modalidades clásicas de la fusión:

a) La fusión propiamente dicha o fusión por creación de una nueva sociedad [el art. 148, c), 3.º, del proyecto habla de «constitución por fusión»], que implica la extinción de todas las entidades intervinientes. El artículo 4 de la tercera Directiva dice que «... se considerará como fusión por constitución de una nueva sociedad la operación por la que varias sociedades transfieren a una sociedad que constituyen, como consecuencia de su disolución sin liquidación, la totalidad de su patrimonio activa y pasivamente mediante la atribución a sus accionistas de acciones de la nueva sociedad...».

b) La fusión por absorción [el art. 148, c), 3.º, habla de «amplia-

ción de capital por absorción»), que implica únicamente la extinción de las sociedades absorbidas. El artículo 3 de la tercera Directiva declara que «... se considerará como fusión por absorción la operación por la cual una o varias sociedades transfieren a otra, como consecuencia de una disolución sin liquidación, la totalidad de su patrimonio activa y pasivamente mediante la atribución a los accionistas de la o de las sociedades absorbidas de acciones de la sociedad absorbente...».

A diferencia de la tercera Directiva, que toma como modelo por ser el supuesto más frecuente) la fusión por absorción (capítulo II, arts. 5 a 22), dedicando a la fusión por constitución de una nueva sociedad únicamente su artículo 23 (en el que se limita a remitirse a las normas anteriores), el proyecto da una regulación unitaria a ambas figuras, criterio que ha de considerarse acertado, pues, como apunta URÍA, la doble modalidad de la fusión no hace variar la esencia íntima del fenómeno jurídico, pues en ambos casos se produce la unificación de patrimonios, y de relaciones jurídicas, que es característica de la fusión. La diferencia entre ambos procedimientos de fusión es puramente externa y formal, no sustancial.

4. *Efectos de la fusión.*—De los artículos 3 y 4 de la tercera Directiva y del artículo 142 del proyecto pueden deducirse los siguientes efectos de la fusión, que coinciden sustancialmente con los del Derecho vigentes:

a) Extinción de todas o alguna de las entidades que intervienen en la fusión. El artículo 150 (no modificado por el proyecto) de la vigente Ley establece como causa de disolución «... la fusión o absorción a que se refieren los artículos 142 y 148...». Registralmente procede el cierre de las hojas de las sociedades extinguidas (art. 137 del Reglamento del Registro Mercantil). La reforma proyectada no afecta a la doctrina de la Resolución de 21 de julio de 1971, que consideró no inscribible en el folio de la sociedad absorbente una escritura de fusión de sociedades mercantiles por absorción de una de ellas, que aparece inscrita en Registro distinto, sin que conste previamente en él la disolución de esta última.

b) Traspaso en bloque del activo y pasivo de las sociedades que se extinguen a la nueva sociedad que se crea o a la absorbente, lo que explica la no liquidación de aquéllas (art. 155 de la Ley vigente, que no se modifica); como señala URÍA, si en la fusión pasa en bloque el patrimonio (activo y pasivo) de una sociedad a otra que incorpora, además, a los socios de la primera, huelga hablar de liquidación, porque no existirán deudas a extinguir, ni créditos a cobrar, ni activo a repartir entre los socios. El proyecto definitivo contiene en este punto, en relación con el

anteproyecto elaborado por la Comisión General de Codificación, algunas innovaciones: se destaca que la adquisición de la nueva sociedad o de la absorbente es «por sucesión universal», y se añade un último inciso al artículo 142, 1.º, que declara que «... la sucesión universal no es oponible a terceros de buena fe respecto de aquellos bienes y derechos cuya transmisión está sujeta a formalidades especiales...».

La posibilidad de que las legislaciones de los Estados adopten una disposición de este tipo está contemplada en el artículo 19, 3.º, de la tercera Directiva (que especifica que estas formalidades pueden ser cumplidas por la sociedad absorbente o por la absorbida, si bien esta última sólo dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que hubiese surtido efectos la fusión). En nuestra opinión, se trata de una norma que no es congruente con el sistema general de la fusión. En primer término, conviene destacar que la regla general en nuestro Derecho es el principio de libertad de forma (art. 1.278 del Código Civil), no existiendo, en principio, «requisitos de forma» para la validez de una transmisión: los bienes muebles se transmiten mediante contrato y tradición (cualquiera que sea el modo en que aquél se hubiera celebrado); lo mismo puede decirse con relación a los inmuebles: la escritura es un requisito *ad probationem* (art. 1.280, 1.º, del Código Civil) y la inscripción es voluntaria y declarativa con efectos de protección al adquirente y oponibilidad a terceros (arts. 34 y 32 de la Ley Hipotecaria); en cuanto a la cesión de créditos, su plena eficacia está sometida a un requisito (no una formalidad): la comunicación al deudor (artículo 1.527). Aun cuando se entendiera que el artículo 142 del proyecto hace referencia a los requisitos anteriores, ello no eliminaría las dificultades; las normas anteriormente citadas se refieren fundamentalmente a actos *inter vivos*, en los que transmitente y adquirente conservan su personalidad tras la transmisión, de forma que la Ley puede establecer (en atención a determinadas finalidades: protección de sucesivos adquirentes o acreedores) que los terceros puedan considerar el bien en el patrimonio del transmitente en tanto no se cumplan determinadas formalidades. La fusión, por el contrario, se asemeja más a las transmisiones *mortis causa*, en cuanto que se trata de una transmisión asociada a un fenómeno extintivo (implica la fusión de las sociedades que se fusionan o de la absorbida), de forma que no cabe pensar que los terceros pueden, en tanto no se cumplan ciertas formalidades, considerar los bienes en el patrimonio del transmitente, por cuanto que éste ya no existe [y este hecho se presume conocido por todos en razón de la publicidad del Registro Mercantil (art. 2 del Reglamento del Registro Mercantil), con lo que es dudosa incluso la posibilidad de buena fe en el tercero].

c) Atribución a los socios de las sociedades extinguidas de un número de acciones de la sociedad creada o de la absorbente proporcional al que les correspondía en aquéllas. Apunta ANGEL ROJO que el proyecto se limita a exigir que se respete la proporcionalidad de la participación del socio, de ahí que sea indiferente que las acciones que se entreguen a los accionistas de las sociedades disueltas y extinguidas coincidan o no en cuanto al número con las acciones antiguas, que sean del mismo o de diferente valor nominal, que sigan o no idéntica Ley de circulación: es perfectamente posible entregar acciones al portador a cambio de acciones nominativas y viceversa, pero habrá de entenderse que si se entregan

acciones que tengan restringida su libre transmisibilidad en lugar de acciones libremente transmisibles, los accionistas afectados que no hayan votado a favor del acuerdo de fusión —además del derecho de separación— no quedarán sometidos a la restricción o condicionamiento durante un período de tres meses, contados a partir de la publicación de la fusión en el *Boletín Oficial* del Registro Mercantil (art. 85, 2.º) (30).

Las innovaciones del proyecto en este punto son las siguientes:

1.^a Aun cuando la contraprestación a recibir por los socios de las sociedades extinguidas está constituida ordinariamente por acciones de la sociedad que se crea o de la absorbente, se admite, en ciertos supuestos, una compensación en dinero; dice el artículo 142, 2.º: «... Cuando sea preciso para ajustar la relación de canje de las acciones podrán recibir, además, una compensación en dinero que no exceda del 10 por 100 del valor nominal de las acciones atribuidas...».

2.^a El artículo 148, *b*), del proyecto establece que si la sociedad absorbente fuera titular de todas las acciones de la sociedad absorbida, no procederá el aumento de capital de aquélla. El fundamento de este precepto es claro: en estos casos, la absorción no supone una efectiva aportación patrimonial a la sociedad absorbente, y en caso de procederse a la ampliación de capital con emisión de nuevas acciones, se infringiría el artículo 33 de la Ley. La solución que prevé el proyecto es la que en la actualidad se sigue en la práctica y aparece indirectamente recogida en el actual artículo 142, que alude al aumento, «en su caso», del capital social en la cuantía que proceda luego existen supuestos en los que no procede ampliar el capital).

3.^a El mismo fundamento tiene el nuevo artículo 143: las acciones de las sociedades que se fusionan, que estuvieran en poder de cualquiera de ellas o en poder de otras personas que actuaran en su propio nombre, pero por cuenta de esas sociedades, serán amortizadas y no podrán canjearse por acciones de la sociedad absorbente o de la nueva sociedad que resulte de la fusión.

4.^a El proyecto contempla expresamente la situación de los tenedores de títulos distintos de las acciones (como obligacionistas, tenedores de bonos de fundador, de bonos de disfrute, etc.). El artículo 148, *b*), establece que los tenedores de títulos de las sociedades que se extinguen por la fusión, distintos a las acciones, que otorgan derechos especiales, han de disfrutar en la sociedad absorbente o en la nueva sociedad resultado de la fusión de derechos equivalentes a los que les correspondían en la sociedad extinguida, a no ser que la modificación de tales derechos

(30) ANGEL ROJO FERNÁNDEZ-RÍO: «La fusión de sociedades anónimas», en *La reforma del Derecho español de sociedades anónimas*, varios autores, Ed. Civitas, Madrid, 1987.

hubiera sido aprobada por la asamblea de tenedores de estos títulos o por los tenedores individualmente.

5. *Procedimiento de fusión.*—En la vigente Ley de Sociedades Anónimas, el procedimiento de fusión comprende las siguientes etapas: 1) Acuerdo de fusión, adoptado en Junta general con los requisitos del artículo 58. 2) Publicación del acuerdo en la forma establecida para la transformación de la sociedad. 3) Plazo de tres meses en los cuales los acreedores pueden manifestar su oposición y los socios disidentes ejercitar el derecho de separación. 4) Una vez transcurrido este plazo, otorgamiento de la escritura e inscripción en el Registro Mercantil. Con anterioridad a estas operaciones han tenido que existir unas conversaciones preliminares en las que los administradores de la sociedad que intervienen en la fusión señalan las líneas fundamentales de la misma; no obstante, la vigente normativa no alude a las mismas. El anteproyecto elaborado por la Comisión General de Codificación respetaba en lo fundamental el esquema anterior, acentuando la protección de accionistas y terceros (a través de una fase de información a los socios, informe de expertos independientes, publicidad del acuerdo de fusión). El proyecto definitivo presenta una innovación fundamental: la eliminación del derecho de separación del accionista. El anteproyecto había mantenido esta facultad en términos similares a los de la Ley de 5 de diciembre de 1968, por entender que si bien no estaba contemplada en la normativa comunitaria, no por ello contravenía lo dispuesto en las Directivas (cuya finalidad es la protección de accionistas y terceros), y en cualquier caso constituía una importante garantía para el accionista. El proyecto, siguiendo fielmente la tercera Directiva, elimina esta facultad; resulta difícil hacer una valoración de este cambio de criterio (que la nueva exposición de motivos no justifica), sin duda facilitará la fusión de las sociedades españolas —objetivo económico indispensable de cara a la existencia de un mercado único—, pero, por otro lado, supone el empeoramiento de la situación de los grupos de accionistas minoritarios, con la posibilidad de abusos.

En la regulación del proyecto, el procedimiento de fusión comprende las siguientes etapas:

1.^a Proyecto de fusión. Elaborado por los administradores de las sociedades que se fusionan, y que deberá contener, como mínimo, las siguientes menciones: *a)* Denominación, naturaleza y domicilio de las sociedades que participan en la fusión (y de la nueva sociedad, en su caso), así como los datos identificadores de su inscripción en el Registro Mercantil. *b)* El tipo de canje de las acciones (determinado según el valor real del patrimonio y la compensación en metálico que, en su caso,

se hubiera previsto. *c)* Procedimiento de canje de los títulos y fecha a partir de la cual las nuevas acciones darán derecho a dividendo. *d)* Fecha a partir de la cual las operaciones de las sociedades que se extinguen habrán de considerarse realizadas a efectos contables por cuenta de la sociedad a que traspasan su patrimonio. *e)* Los derechos que vayan a otorgarse en la sociedad absorbente o en la nueva sociedad que se constituya a los titulares de acciones de clases especiales y a quienes tengan títulos distintos de las acciones. *f)* Las ventajas que vayan a observarse a los expertos mencionados en el artículo 148 y a los administradores y auditores.

2.^a Convocatoria de la Junta. El artículo 144, *b)*, dispone que habrá de publicarse bajo el título «proyecto de fusión» con un mes de antelación, como mínimo, a la fecha prevista para la celebración de la Junta, debiendo incluir las menciones mínimas del proyecto de fusión legalmente exigibles, y hará constar el derecho que corresponde a todos los accionistas, obligacionistas y tenedores de títulos distintos de las acciones de examinar en el domicilio social los documentos indicados en el artículo 145, así como el de pedir la entrega o envío gratuitos del texto íntegro de los mismos.

La convocatoria ha de contener el orden del día de la Junta, y en éste deberá mencionarse necesariamente el balance de fusión (art. 147, 3.º). Este balance de fusión puede ser el último balance anual aprobado, siempre que hubiese sido cerrado dentro de los seis meses anteriores a la fecha de celebración de la Junta; en su defecto, será necesario un balance cerrado con posterioridad al primer día del tercer mes precedente a la fecha del procedimiento de fusión (art. 147, 1.º).

3.^a Puesta a disposición de los accionistas de los siguientes documentos (art. 145): *a)* Proyecto de fusión, a que se refiere el artículo 146. *b)* El balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, la memoria explicativa y el informe de gestión de los tres últimos ejercicios de las sociedades que participan en la fusión, junto con los correspondientes informes de los auditores de cuentas. *c)* El balance de fusión, acompañado del informe de los auditores de cuentas. *d)* Los informes que deben elaborar los administradores de las sociedades que participan en la fusión para justificar el proyecto de fusión en sus aspectos jurídicos y económicos. *e)* Los informes que sobre la fusión han de emitir expertos independientes en los términos del artículo 148. *f)* Proyecto de escritura de fusión o de modificación de Estatutos por absorción. *g)* Estatutos vigentes de las sociedades que participan en la fusión. *h)* Relación de los administradores de éstas.

4.^a Celebración de la Junta y adopción del acuerdo con las forma-

lidades de los artículos 84 y 86. El artículo 84 remite, a su vez, al quórum especial del artículo 58.

5.^a El acuerdo de fusión, una vez adoptado, ha de publicarse tres veces en el *Boletín Oficial* del Registro Mercantil y en dos periódicos de gran circulación de las provincias en que cada una de las sociedades tengan sus domicilios. En el anuncio se hará constar el derecho que asiste a los accionistas y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo y del balance de fusión [art. 144, ap. d)]; en la publicación del acuerdo debe hacerse también referencia al derecho de oposición de los acreedores [art. 148, b), 2.º]. Dado que del proyectado artículo 18 del Código de Comercio se deduce que el Registro Central (del que depende el *Boletín Oficial* del Registro Mercantil) obtiene los datos necesarios para su funcionamiento de los respectivos Registros provinciales, es claro que la inscripción del acuerdo de fusión en el Registro provincial será previa a la publicación en el *Boletín Oficial* del Registro Mercantil.

6.^a Transcurso del plazo de un mes a contar desde el último de los anuncios anteriores, en el que los acreedores podrán oponerse a la fusión. En este punto, la tercera Directiva se limita a declarar genéricamente que las legislaciones de los Estados miembros establecerán un «sistema de protección adecuado» (que puede ser distinto para los acreedores de la sociedad absorbente y para los de la absorbida); en su artículo 22, f), establece que la oposición de terceros a la fusión sólo será admisible dentro de un plazo de seis meses, contados desde la publicación del acuerdo. En el proyecto, el artículo 148, a), dispone que la fusión no podrá ser realizada antes de que transcurra un mes, contado desde la fecha del último anuncio del acuerdo, a que se refiere el apartado d) del párrafo 1.º del artículo 144. Si durante este plazo, el titular de un crédito ordinario frente a alguna de las sociedades que se fusionan, nacido con anterioridad a la fecha de publicación de la convocatoria de la Junta que decidió la fusión, se opusiera por escrito a la misma, ésta no podrá llevarse a cabo si sus créditos no son enteramente satisfechos o si, previamente, la sociedad deudora no aporta garantía suficiente para los mismos. Los acreedores no podrán oponerse al pago, aunque se trate de créditos no vencidos.

7.^a Otorgamiento de la escritura de fusión. 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 extingue y el balance final de dichas sociedades cerrado al día anterior del otorgamiento de la escritura [art. 148, c), 1.º]. Si la fusión se realiza mediante la creación de una nueva sociedad, la escritura deberá contener, además, las menciones legalmente exigidas para la constitución de la misma; si se realizara por absorción,

la escritura contendrá las modificaciones estatutarias que se hubieran acordado por la absorbente con motivo de la fusión y el número y clase de las acciones que hayan de ser entregadas a cada uno de los nuevos accionistas.

8.^a Inscripción de la escritura en el Registro Mercantil. Nos ocuparemos específicamente de esta cuestión.

Hasta ahora hemos examinado el procedimiento «ordinario» de fusión, pero cabe plantearse cuáles serán los trámites y requisitos si los acuerdos de fusión se adoptan por unanimidad en Junta universal. Hay requisitos que, sin duda, desaparecen (por ejemplo, los relativos a la convocatoria de la Junta); en otros casos resulta muy aventurado apuntar una solución. No obstante, parece razonable entender que se habrán de mantener únicamente aquellos requisitos establecidos en interés de los acreedores, quedando el proceso de fusión configurado de la siguiente manera:

1. Elaboración del proyecto de fusión y del balance de fusión, que no son únicamente un medio de información de los accionistas, sino también una garantía para los acreedores, tal como se deduce del artículo 144, d), que establece que los acreedores pueden solicitar el examen del balance y del acuerdo de fusión (este último ha de contener el proyecto).
2. Adopción del acuerdo por la Junta e inscripción del mismo en el Registro Mercantil.
3. Publicación del acuerdo.
4. Transcurso del plazo de un mes.
5. Otorgamiento de la escritura de fusión.
6. Inscripción de la escritura de fusión.

En cuanto a la información de los accionistas, que prevé el artículo 145 del proyecto, nos inclinamos a pensar que en caso de Junta universal puede prescindirse de ella (en definitiva, se trata de un derecho de los accionistas, al que pueden renunciar, de acuerdo con el art. 6, 2.º, del Código Civil) (31).

6. *La fusión y el Registro Mercantil.*—La tercera Directiva exige la publicidad del acuerdo de fusión como medida indispensable de protección a terceros (art. 18), pero al mismo tiempo exige, bien un previo control administrativo o judicial de la legalidad, bien que los acuerdos de las Juntas y el contrato de fusión se formulen en «acta autenticada» por Notario o autoridad competente. El Derecho español exige ambos requisitos simultáneamente: escritura pública e inscripción. Esta última no sólo tiene por finalidad la publicidad, sino también el control de la legalidad a través de la calificación (arts. 5 y 44 del Reglamento del Registro Mercantil), de forma que el Registrador deberá comprobar el cumplimiento de todos los requisitos y trámites del procedimiento de fusión. Entendemos que debe distinguirse:

(31) El problema es si esta renuncia habrá de ser expresa o tácita; si será preciso que los accionistas manifiesten expresamente (todos ellos) su voluntad de no ejercitar el derecho de información, o si, por el contrario, se entenderá que lo renuncian por el hecho de adoptar, con conocimiento de haberse omitido este trámite, por unanimidad el acuerdo de fusión.

a) Inscripción del acuerdo de fusión. Como antes indicábamos, la inscripción de los acuerdos de fusión en los Registros provinciales no está prevista expresamente, pero se deduce con claridad del proyectado artículo 18 del Código de Comercio. El título material está constituido por el acuerdo de fusión adoptado por las Juntas generales con los requisitos del artículo 58 de la Ley; en cuanto al título formal, habrá que estar a la regla general (art. 8 del Reglamento del Registro Mercantil), que exige documento público. En nuestra opinión, el Registrador deberá exigir, además:

1.º Presentación de: el proyecto de fusión con los requisitos del artículo 146, el balance de fusión con el informe que deben emitir los auditores de cuentas, el informe que sobre la fusión han de emitir expertos independientes y el informe de los administradores.

2.º Acreditar la convocatoria de la Junta en los términos del artículo 144, b), del proyecto (salvo si es universal).

3.º Manifestación de que se pusieron a disposición de los accionistas los documentos que se detallan en el artículo 145, en el plazo y condiciones que este precepto establece (hay que estar a la manifestación de las partes, ya que al ser una cuestión de hecho no cabe prueba de la misma en el ámbito del procedimiento registral).

El artículo 145 establece, además, que deberá ponerse a disposición de los accionistas el proyecto de escritura de fusión (o de modificación de Estatutos de la sociedad absorbente); entendemos que en esta fase no existe una ineludible necesidad de presentar dicho proyecto en el Registro (la escritura, una vez otorgada, será calificada en un momento posterior), pero sí será extremadamente conveniente hacerlo, a efectos de que el Registrador pueda advertir de los posibles defectos de la misma (defectos que, de tener carácter insubsanable, harían volver a iniciar todo el procedimiento de fusión, con las correspondientes pérdidas de tiempo y trabajo).

Una vez practicada la inscripción del acuerdo, se notificará al Registro Central, que procederá a su publicación en el *Boletín Oficial* del Registro Mercantil.

b) Inscripción de la escritura de fusión. El título para practicar el asiento será la escritura, que deberá contener los requisitos que enumera el artículo 148, d), 3.º y 4.º Además, deberá el Registrador:

1.º Exigir que se acredite la publicación de los anuncios del acuerdo de fusión (en los que debe hacerse referencia a la facultad de oposición de los acreedores).

2.º Verificar el transcurso de un mes desde el último anuncio.

3.º En caso de que no haya acreedores que se opongan a la fusión deberá manifestarse así en la escritura.

4.º Deberá aportarse (incorporado a la escritura) el balance final, cerrado el día anterior al otorgamiento de ésta.

7. *Nulidad de la fusión.*—Se ocupa de la materia el artículo 148, e), del proyecto, en términos muy similares a los del artículo 22 de la tercera Directiva; podemos destacar las siguientes notas:

a) La acción de nulidad contra una fusión ya inscrita sólo puede fundarse en la nulidad o anulabilidad de los correspondientes acuerdos de la Junta General de accionistas, y deberá dirigirse contra la sociedad absorbente o contra la nueva sociedad resultado de la fusión.

b) El plazo para el ejercicio de la acción es de seis meses, contados desde la fecha en que la fusión fue oponible a quien invoca la nulidad.

c) Si fuera posible eliminar la irregularidad, el Juez concederá plazo adecuado.

d) La sentencia que declare la nulidad habrá de publicarse en el Registro Mercantil, se publicará en su *Boletín Oficial*, y no afectará por sí sola a la validez de las obligaciones nacidas después de la inscripción de la fusión, a favor o a cargo de la sociedad absorbente o de la nueva sociedad surgida de la fusión. De estas obligaciones, cuando sean a cargo de la sociedad absorbente o de la nueva sociedad, responderán solidariamente las sociedades que participaron en la fusión.

3.º Escisión.

1. *Concepto de escisión.*—En un sentido amplio podemos entender por escisión aquella operación mediante la que se divide total o parcialmente el patrimonio de una sociedad (esto es, la totalidad de sus relaciones jurídicas activas y pasivas) para transmitir, sin liquidación, las masas patrimoniales resultantes a otras sociedades preexistentes o que se crean con este objeto.

La escisión carece de regulación en la vigente Ley de Sociedades Anónimas, si bien se admite en la práctica (al menos, en su modalidad de escisión parcial o impropia) y ha sido tomada en consideración por disposiciones de carácter fiscal. El artículo 15 de la Ley 76/1980, de 26 de diciembre, dice que a los efectos de la misma, «... se entenderán por operaciones de escisión: a) La extinción de una sociedad y la división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se traspasará en bloque a una sociedad de nueva creación o será absorbido por una sociedad ya existente, recibiendo los socios o partícipes de la sociedad que se extingue un número de acciones de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional al valor de sus respectivas participaciones en aquélla. b) La división del patrimonio de una sociedad sin extinguirse, traspasando en bloque una o varias partes del mismo a las sociedades de

nueva creación o a las sociedades ya existentes a cambio de las acciones de tales sociedades. Dichas acciones recibidas podrán mantenerlas en su activo las sociedades escindidas o entregarlas a sus socios o partícipes, en cuyo caso reducirán capital en la cuantía precisa...».

El proyecto regula la escisión siguiendo las líneas fundamentales de la sexta Directiva; debe destacarse que las normas comunitarias no imponen la admisión de esta figura, ya que el artículo 1 de la Directiva citada dispone que los Estados miembros quedarán vinculados por la misma cuando las respectivas legislaciones nacionales admitan la escisión (en cualquiera de sus modalidades). El proyecto se ocupa de esta materia en sus artículos 149 a 149, e), disponiendo el artículo 149, 4.º, que en defecto de norma específica se aplicarán las normas de la fusión, entendiendo que las referencias a la sociedad absorbente o a la nueva sociedad resultante de la fusión equivalente a referencias a las sociedades beneficiarias de la escisión.

2. *Clases de escisión:*

a) *Escisión propia.* Es aquella que supone la extinción de la sociedad que se escinde, y que aparece definida en el artículo 149, 1, 1.º, del proyecto: «1. Se entiende por escisión: 1.º La división de todo el patrimonio de una sociedad anónima que se extingue 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...». El último inciso de este precepto recoge la distinción entre «escisión por absorción» y «escisión por constitución de una nueva sociedad», que recogen también los artículos 2 y 21 de la sexta Directiva.

b) *Escisión impropia (o escisión parcial, en la terminología del proyecto).* Es aquella en que una sociedad traspasa parte de su patrimonio sin extinguirse; alude a la figura el artículo 25 de la sexta Directiva (con la denominación de «operación asimilada a la escisión», y la define el artículo 149, 1, 2.º, del proyecto al declarar: «1. Se entiende por escisión: ... 2.º La segregación de una o varias partes del patrimonio de una sociedad anónima sin extinguirse, traspasando en bloque lo segregado a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes». En ambas modalidades, las sociedades beneficiarias de la escisión pueden tener forma mercantil diferente a la de la sociedad que se escinde (art. 149, 3.º, del proyecto).

3. *Efectos de la escisión:*

a) *En la escisión propia:*

1.º Extinción de la sociedad que se escinde.

2.º División de todo su patrimonio en dos o más partes y traspaso del mismo. La escisión propia requiere, por tanto, la intervención de,

al menos, tres sociedades: la escindida y dos más; si todo el patrimonio de la sociedad que se extingue fuera atribuido a una sola sociedad estaríamos ante un supuesto de fusión por absorción.

3.º Atribución a los socios de la sociedad que se extingue, en proporción a sus respectivas participaciones de acciones o participaciones de las sociedades beneficiarias. Las acciones de la sociedad que se escinde habrán de estar totalmente desembolsadas (art. 149, 2.º).

4.º En cuanto a problema fundamental de la escisión: la responsabilidad por las deudas de la sociedad escindida, del proyecto resulta el siguiente sistema:

a') Cada una de las sociedades beneficiarias responderá de las deudas que haya asumido en el acto de escisión [el proyecto no establece expresamente esta solución, pero se deduce de una interpretación *contrario sensu* del art. 149, e)].

b') En defecto de cumplimiento por una sociedad beneficiaria de una obligación asumida por ella en virtud de escisión, responderán solidariamente del cumplimiento de la misma las restantes beneficiarias hasta el importe del activo neto atribuido en la escisión a cada una de ellas [artículo 149, e)].

c') Si una deuda no es atribuida a una sociedad beneficiaria en el proyecto de escisión, y la interpretación de éste no permite decidir sobre su reparto, responderán solidariamente de la misma todas las sociedades beneficiarias [art. 149, b), 3.º].

b) En la escisión impropia o escisión parcial:

1.º Mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad que escinde parte de su patrimonio.

2.º Segregación de una o varias partes del patrimonio de esta sociedad (en este tipo de escisión basta, por tanto, la intervención de dos sociedades). El artículo 149, a), 1.º, del proyecto establece que en el caso de escisión parcial, la parte del patrimonio social que se divida o segregue deberá formar una unidad económica. El valor de lo segregado deberá ser superior a la quinta parte del patrimonio de la sociedad que se segrega.

3.º Atribución de las acciones o participaciones sociales de las sociedades beneficiarias, bien a la sociedad que escinde parte de su patrimonio, bien a sus accionistas, supuesto en el cual la sociedad que se escinde deberá reducir simultáneamente capital; en este último caso, al igual que sucede en la escisión propia, las acciones de la sociedad que se

escinde deberán estar totalmente desembolsadas (art. 149, 2.º, del proyecto).

4.º En cuanto a la responsabilidad por las deudas de la sociedad que se escinde, el proyecto contiene dos normas:

a') Artículo 149, e): «... si la sociedad escindida no ha dejado de existir como consecuencia de la escisión, la propia sociedad escindida (responderá) por la totalidad de la obligación...».

b') Artículo 149, a), 2.º: «En caso de escisión de parte del patrimonio social, si la parte que se divide o segrega está constituida por una o varias empresas o establecimientos comerciales, industriales o de servicios, además de los otros efectos podrán ser atribuidas a la sociedad beneficiaria las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de la empresa que se traspasa» (32).

4. *Procedimiento de escisión.*—El proyecto no regula de forma sistemática el procedimiento de escisión, sino que se limita a destacar las peculiaridades del mismo frente al procedimiento de fusión. Por ello, con fundamento en la norma del artículo 149, 4.º, entendemos que habrán de cumplirse las mismas fases antes señaladas para la fusión, con las siguientes características:

a) Proyecto de escisión. En el mismo, además de las menciones exigidas para el proyecto de fusión, deberá hacerse referencia a la descripción y el reparto de los elementos del patrimonio activo y pasivo que han de transmitirse a cada una de las sociedades beneficiarias, y al reparto entre los accionistas de la sociedad escindida de las acciones o partes que les correspondan en el capital de las sociedades beneficiarias, así como el criterio en que se funde este reparto [art. 149, b)].

b) Informe de los administradores. Debe expresar que han sido emitidos, para cada una de las sociedades beneficiarias, los informes sobre las aportaciones no dinerarias previstos en la presente Ley, así como indicar el Registro Mercantil en que este último informe debe depositarse [art. 149, c)].

(32) Aun cuando el proyecto no hubiera establecido la responsabilidad de la sociedad que se escinde por la totalidad de sus obligaciones anteriores, se habría llegado a la misma solución, puesto que la escisión parcial implica, en definitiva, la salida de determinados bienes del patrimonio del deudor, circunstancia que de por sí no altera la relación obligatoria (art. 1.911). La responsabilidad de la sociedad beneficiaria sólo es aludida por el proyecto en los supuestos del artículo 149, a), 2.º; fuera de estos casos parece que habrá de excluirse su responsabilidad (salvo novación con el consentimiento de la sociedad beneficiaria y el deudor: art. 1.205 del Código Civil). Cabe, sin embargo, en todo caso, una responsabilidad indirecta, en cuanto que la escisión parcial implica una salida de bienes del patrimonio del deudor que puede legitimar a los acreedores para el ejercicio de la acción subrogatoria (art. 1.111 del Código Civil).

c) Informe de expertos independientes. Las sociedades beneficiarias de la escisión deberán someter las aportaciones no dinerarias procedentes de la sociedad escindida al informe de expertos independientes, previsto en la presente Ley.

4.º Disolución y liquidación.

El proyecto modifica los artículos 150 y 152 de la Ley de Sociedades Anónimas, introduciendo las siguientes modificaciones:

1. Se contemplan dos nuevas causas de disolución: la paralización de los órganos sociales de manera que resulte imposible su funcionamiento y la escisión total.

2. En cuanto a la disolución por pérdidas, se establece que tendrá lugar (salvo aumento de capital) cuando éstas hayan dejado reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social (en la actualidad, la cifra es de un tercio).

3. Se contempla la posibilidad de que los accionistas puedan solicitar la disolución judicial de la sociedad si la Junta no la acuerda en los casos de los números 2.º, 3.º y 6.º del artículo 150: conclusión de la empresa o imposibilidad manifiesta de realizarla, paralización de los órganos sociales, pérdidas, causas establecidas en los Estatutos.

Las nuevas causas de disolución tienen un precedente en la Ley de 2 de agosto de 1984, de Ordenación del Seguro Privado, cuyo artículo 3 considera como causas de disolución: la inactividad de los órganos sociales, de manera que resulte imposible su funcionamiento [apartado c)], y el haber sufrido pérdidas en cuantía superior al 50 por 100 del capital social.

G) LA JUNTA GENERAL Y LOS ADMINISTRADORES

1.º La Junta general (arts. 51, 56, 58, 60 y 67 a 70 del proyecto de Ley de Sociedades Anónimas).

Las innovaciones se contienen en los citados artículos, respecto al quórum de constitución y al quórum especial, a la representación en la Junta, a la Junta extraordinaria y al procedimiento de impugnación de los acuerdos sociales.

1. *Quórum ordinario de constitución:*

«1. La Junta general de accionistas quedará válidamente constituida en primera convocatoria cuando los accionistas presentes o representados posean, al menos, el 25 por 100 del capital con derecho a voto. Los Estatutos podrán fijar un quórum superior. 2. En segunda convocatoria será válida la constitución de la Junta cualquiera que sea el capital concurrente

a la misma, salvo que los Estatutos establezcan un quórum especial» (artículo 51).

— En primera convocatoria será necesario, al menos, el 25 por 100 del capital con derecho a voto, teniendo en cuenta:

- a) Que los accionistas podrán concurrir por sí o representados.
- b) Que se trata de un quórum legal mínimo, por lo que podrá reforzarse en los Estatutos.
- c) Que se suprime la alternativa que el anterior artículo 51 ofrecía entre personal o capital («la Junta general ordinaria quedará válidamente constituida —decía— en primera convocatoria cuando concurren a ella la mayoría de los socios, o cualquiera que sea el número de éstos, si los concurrentes representan, por lo menos, la mitad del capital desembolsado») para exigirse únicamente y en todo caso la concurrencia de capital (33).

— En segunda convocatoria podrá celebrarse la Junta cualquiera que fuera el capital concurrente, teniendo en cuenta:

- a) Que los accionistas podrán concurrir por sí o representados.
- b) Que, al igual que en el supuesto anterior, se trata de un quórum legal mínimo reforzable en Estatutos.

2. *Quórum especial:*

«1. Para que la Junta pueda acordar válidamente la emisión de obligaciones, el aumento o la disminución de capital, la transformación, fusión, escisión o disolución de la sociedad y, en general, cualquier modificación de los Estatutos sociales, será necesaria, en primera convocatoria, la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean, al menos, el 50 por 100 del capital con derecho a voto. 2. En segunda convocatoria será suficiente la concurrencia del 25 por 100 de dicho capital. Cuando concurren accionistas que representen menos del 50 por 100 del capital con derecho a voto, los acuerdos a que se refiere el apartado anterior sólo podrán adoptarse válidamente con el voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado en la Junta» (art. 58).

— En primera convocatoria será necesario el 50 por 100 del capital con derecho a voto, teniendo en cuenta:

- a) Que los accionistas podrán concurrir por sí o representados.

(33) La Dirección General de los Registros y del Notariado (Resolución de 22 de febrero de 1980 y otras) ha venido entendiendo hasta la fecha que el todavía vigente artículo 51 de la Ley de Sociedades Anónimas contiene una alternativa entre personas o capital para la válida constitución de la Junta, de la que no es posible privar estatutariamente a los socios.

- b) Que aunque el precepto no lo diga tan rotundamente como el artículo 51 respecto al quórum ordinario, la frase «al menos» da pie para pensar que se trata también de un quórum legal mínimo reforzable en los Estatutos; además, si se permite tal posibilidad para el quórum ordinario, no se ve razón para prescindir de ella en el especial.
- c) Que al igual que respecto al quórum ordinario, se suprime el doble juego entre personas y capital, del anterior artículo 58, centrándose exclusivamente en el capital cualquiera que fuesen las acciones.

— En segunda convocatoria será necesaria la concurrencia del 25 por 100 del citado capital, o será igualmente suficiente, en todo caso, la asistencia de los dos tercios de aquél. Son de tener en cuenta los párrafos a), b) y c) dichos respecto al supuesto anterior.

3. No obstante la reforma, no cabe olvidar que, conforme al artículo 48 de la Ley de Sociedades Anónimas, el sistema de funcionamiento de la Junta general sigue siendo el de mayorías, por lo que no será válido el pacto estatutario que exija unanimidad.

4. *Convocatoria de la Junta extraordinaria.*—La única modificación se encuentra en que los administradores deberán convocarla también cuando lo solicite, al menos, un 5 por 100 del capital desembolsado con derecho a voto (anteriormente, a tenor con el mismo art. 56, era necesario el 10 por 100 del capital desembolsado). Sin embargo, es importante la matización del artículo 56, 2.º, que establece que «en el orden del día se incluirán necesariamente los asuntos que hubiesen sido objeto de la solicitud, «pues en el mismo artículo 56, párrafo 1.º, se exige que en la solicitud de convocatoria se expresarán los asuntos a tratar en la Junta.

5. *Representación en la Junta general.*—Al actual artículo 60 de la Ley, el proyecto añade que el documento en que conste el poder deberá contener o llevar anexo el orden del día y las instrucciones del accionista representado, excepto cuando el representante sea el cónyuge, ascendiente o descendiente del representado o cuando aquél ostente poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tuviera en territorio nacional.

6. *Impugnación de acuerdos sociales y su procedimiento.*—Son de resaltar las siguientes novedades:

— El párrafo 1.º del artículo 67, alusivo a qué acuerdos pueden ser objeto de impugnación, suprime la frase «en beneficio de uno o varios accionistas», siendo ahora suficiente que los acuerdos, sin más, lesionen los intereses de la sociedad.

— Se añade un segundo párrafo a dicho artículo 67: «No procederá la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro».

— En cuanto al plazo de impugnación, se sustituye el punto de la inscripción en el Registro Mercantil por la publicación en el *Boletín Oficial* del mismo (art. 68).

— En cuanto a las personas legitimadas para ello, se añade a aquellos que hicieran constar su oposición al acuerdo notificándolo a la sociedad antes de las cuarenta y ocho horas posteriores al día en que finalice la Junta general (art. 69).

— Finalmente, por lo que respecta al procedimiento de impugnación, se observa una simplificación del mismo, el Juez competente será el de Primera Instancia del lugar del domicilio social y se hace una matización en el párrafo 11 respecto a la existencia de mala fe por el impugnante.

2.º Los administradores (art. 76 del proyecto de Ley de Sociedades Anónimas).

1. Por administradores pueden entenderse:

— Administrador único.

— Dos administradores que actúan mancomunadamente (así lo ha admitido la Dirección General en Resoluciones de 4 y 5 de octubre de 1982).

— Dos o más administradores que actúan solidariamente.

— Consejo de Administración.

— Coexistencia de Consejo y administradores singulares.

Estas son las posibilidades habidas hasta ahora en nuestro Derecho, las cuales entendemos que no han experimentado variación en la actual reforma, pues el nuevo artículo 13, 5.º, *h*), se limita a hablar de «órgano al que se confía la administración y representación», y el artículo 73 —teniendo presente la interpretación que le dieron las citadas Resoluciones de 4 y 5 de octubre de 1982 (34)— no puede estimarse afectado por aquél.

Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que mientras los anteriores artículos 11, 3.º, *h*), y 102, *h*), de la Ley de Sociedades Anónimas

(34) En estas resoluciones se admite la posibilidad de que la administración sea conferida a dos administradores que actúen con carácter mancomunado, partiendo de que el Tribunal Supremo, en Sentencia de 30 de junio de 1981, y la propia Dirección General, en Resolución de 9 de mayo de 1978, habían admitido, a su vez, la posibilidad de un Consejo de Administración compuesto únicamente por dos miembros. Igualmente, se citaba la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1960, que se orientaba en el sentido de aplicar las normas legales con mayor flexibilidad cuando se tratara de sociedades anónimas de capital modesto.

y Reglamento del Registro Mercantil, respectivamente, hablaban de «designación del órgano u órganos que habrán de ejercer la administración», el nuevo artículo 13, 5.º, emplea la expresión de «órgano al que se confía la administración y representación de la sociedad, con expresión de sus facultades y competencias».

Con esto podría pensarse que se está reconociendo legalmente la posibilidad de separar administración y representación de la sociedad.

Ya era algo usual en la práctica el nombramiento de los llamados directores-gerentes, gerentes, directores generales, etc., que si bien no podían considerarse como verdaderos administradores, sin embargo, su contenido de facultades difería muy poco de las de aquéllos (35).

ESTEBAN VELASCO, comentando el anteproyecto (36), estimaba que en el ámbito externo de la representación se abren ahora distintas modalidades, pudiendo ésta estar conferida, con independencia de la administración: a) al Consejo de Administración; b) a alguno de sus miembros; c) a cada uno de sus miembros solidariamente; d) a todos los miembros del Consejo mancomunadamente. También podría decirse que caben aún más posibilidades, tales como la de atribuir la administración al Consejo —esfera interna— y la representación a un administrador único que no pertenezca al Consejo —esfera externa—, a varios solidarios, a dos mancomunados, etc., y que serían posibles tales combinaciones, aunque la Administración se encargara a administradores singulares (los representantes estarían investidos, en todo caso, de la totalidad de facultades que dicha competencia significa).

Sin embargo, no debe pasarse por alto que mientras el último anteproyecto decía «órgano u órganos a los que se confía la administración y representación», el proyecto habla únicamente de «órgano», suprimiendo, por tanto, la alternativa de «órganos». Con ello puede haberse querido evitar cualquier duda que pudiera existir al respecto, es decir, que la administración y representación deban atribuirse al mismo órgano, no siendo factible separarlas. No obstante, también puede entenderse la posibilidad de que se pacte en Estatutos la separación de las funciones administrativas de las representativas y se atribuyan a diferentes personas. A este respecto, ya decían GARRIGUES y URÍA que cabe perfectamen-

(35) GARRIGUES y URÍA (en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, tomo II, pág. 83) dicen que «quizá la diferencia única consista en que el director general no es un representante nato de la sociedad, como lo es el administrador o el Consejo de Administración. Por lo demás, sus funciones internas son muy semejantes: al director general le competen facultades directivas sobre todos los asuntos y servicios de la sociedad, y tiene facultades de mando frente al personal de la empresa y deberes de vigilancia aún más directos que los que incumben al Consejo de Administración».

(36) ESTEBAN VELASCO, en *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, pág. 399.

te concebir que una persona administre y otra represente a la sociedad, aunque esta última no deberá hacer nada sin haber recibido instrucciones de aquélla; pero si vulnerando tales instrucciones actúa, y lo que hace está dentro del ámbito legal de representación fijado en el párrafo segundo del artículo 76, la sociedad quedará obligada. Por el contrario, el simple administrador no puede obligar a la sociedad y sus facultades quedarán limitadas al aspecto interno (dar instrucciones a empleados, intervenir en la contabilidad, etc.).

2. El contenido del poder de representación de los administradores ya no viene determinado, como en la normativa actual, por el objeto social, sino que la sociedad quedará obligada por los actos de aquéllos, aunque excedan del mismo, salvo que pruebe el conocimiento por los terceros de que tales actos excedían de aquél.

La precisión del objeto social en los Estatutos tenía como una de sus finalidades fundamentales el delimitar el poder de actuación de los administradores y consiguiente responsabilidad de la sociedad. Sin embargo, con la reforma, la norma se sitúa a medio camino entre el Derecho alemán y nuestro antiguo sistema: el objeto ya no circunscribe *a priori* la competencia de los administradores (la sociedad responde, aunque su actuación exceda del mismo: prima el tercero frente a aquélla), pero la sociedad no queda del todo desprotegida frente a terceros, pues, conforme señala el nuevo artículo 76, no quedará obligada «si prueba que los terceros sabían que tales actos excedían del objeto social o que, dadas las circunstancias, no podían ignorarlo». Aunque la publicación de los Estatutos no será suficiente por sí sola para constituir esta prueba (37).

3. En sus relaciones con terceros, será ineficaz cualquier limitación social a las facultades representativas de los administradores.

De lo que resulta:

(37) El artículo 9 de la Directiva comunitaria ofrece dos posibilidades en sus apartados 1.º y 2.º: en el 1.º establece que «la sociedad quedará obligada frente a terceros por los actos realizados por sus órganos, incluso si éstos no pertenecen al objeto social», pero en el 2.º dulcifica lo dicho al admitir que «los Estados miembros podrán establecer que la sociedad no resultará obligada cuando estos actos excedan los límites del objeto social, si prueban que el tercero sabía que el acto excedía el objeto o que no podía ignorarlo teniendo en cuenta las circunstancias, excluyéndose que la sola publicación de los Estatutos baste para constituir esta prueba». De los Estados comunitarios sólo el Derecho alemán se corresponde con el primer apartado de este artículo (el objeto únicamente delimita las facultades de gestión —internas— de los administradores, pero en ningún caso las de representación); los demás, incluido el nuestro, como hemos visto, suavizan el principio acogiendo a la posibilidad que brinda el segundo apartado. La Dirección General de los Registros y Notariado, en Resolución de 24 de noviembre de 1981, había dicho que «en nuestra legislación, a diferencia de lo que sucede en el Derecho comparado, no se ha llegado en esta materia a soluciones de plena protección del tráfico comercial y reconocida validez a los actos realejados por los administradores, aun fuera del objeto social, al quedar limitados los efectos

— Que la representación de la sociedad, en juicio y fuera de él, está legalmente dotada de un amplísimo contenido de poder, cuya única limitación se encuentra en aquellas facultades otorgadas por la Ley a otro órgano (por ejemplo: la Junta general).

— Que dentro de tan amplísimo contenido, como ya viene siendo admitido por doctrina y jurisprudencia desde la aparición de la Ley de Sociedades Anónimas, deben entenderse comprendidos desde el acto más sencillo de administración hasta el más complejo de disposición.

— Que, consiguientemente, será ineficaz respecto a terceros cualquier limitación interna a las facultades de representación. Esto no quiere decir que tales actos no produzcan efectos entre sociedad y órgano representantes —al cual aquélla podrá exigirle las oportunas responsabilidades—, sino que no perjudicarán a tercero, respecto a quien el acto será siempre válido, aunque exceda de los límites marcados.

— Hay que tener presente, sin embargo, que, con arreglo al artículo 31, a), del repetido proyecto, las adquisiciones de bienes a título oneroso realizadas por la sociedad dentro de los dos primeros años a partir de su constitución, habrán de ser previamente aprobadas por la Junta general, siempre que el importe de aquéllas exceda de la décima parte del capital social. Aunque esto no será aplicable a las adquisiciones comprendidas en las operaciones ordinarias de la sociedad ni a las que se verifiquen en un mercado bursátil o en subasta pública.

4. Es de resaltar la novedad introducida en el artículo 72, según el cual, los administradores no podrán ejercer su cargo por un plazo mayor de cinco años, pudiendo, no obstante, ser reelegidos por períodos de igual duración máxima.

La importancia de este precepto es enorme, ya que, conforme a su anterior redacción, los administradores podían ser elegidos por un período de tiempo indefinido y únicamente los nombrados en el acto constitutivo tenían el límite de cinco años.

Se daba como razón a la anterior limitación de este artículo, la necesidad de evitar que se otorgara una estabilidad importante a los administradores nombrados en el acto constitutivo. Y el criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado fue restrictivo en todo momento, admitiendo la posibilidad de nombrar administradores por tiempo indefinido en la misma escritura de constitución siempre que dicho nombramiento se hiciera fuera del acto constitutivo (Resolución

de su determinación a la esfera interna de la sociedad, si bien parece ir aproximándose a esta postura nuestra actual tendencia legislativa —artículo 99 del Anteproyecto de la Ley de Sociedades Anónimas—, ya que quedaría obligada la sociedad por aquellos actos que, sin estar comprendidos en el objeto social, sean realizados por los administradores dentro del giro o tráfico que 'de hecho' realice la sociedad».

de 13 de julio de 1984 y varias más). Ahora, la nueva redacción del precepto da un giro de ciento ochenta grados a esa construcción jurisprudencial.

La reforma actual tiene en cuenta la temporalidad del cargo, que ya subyacía en la primera redacción de la Ley de 1951 [el art. 11, 3.º, *h*), entre los requisitos que debían contener los Estatutos, señalaba la designación del órgano u órganos que habrían de ejercer la administración y el modo de proveer las vacantes que se produjeran en ellos; por su parte, el art. 73 establecía la forma de proceder para la renovación parcial del Consejo), así como el espíritu de la quinta Directiva comunitaria.

5. Finalmente, cabe hacer una breve referencia al segundo párrafo del examinado artículo 72, conforme al cual, dentro de los requisitos que debían hacerse constar en el Registro Mercantil identificativos de los administradores, se añade la edad de los mismos, cuyo porqué no se entiende demasiado bien. Además, no se exige para las sociedades de responsabilidad limitada.

Y terminamos este apartado citando la matización que respecto a la responsabilidad de los administradores y la acción para hacerla efectiva se contiene en los nuevos artículos 79 y 80, pero en cuyo estudio no entramos.

H) NULIDAD DE LA SOCIEDAD

1.º Causas de la nulidad (art. 32 del proyecto de Ley de Sociedades Anónimas).

La acción de nulidad de la sociedad sólo podrá ejercitarse por las siguientes causas:

— Por no haberse otorgado la escritura pública de constitución o no haberse inscrito ésta en el Registro Mercantil.

A nuestro juicio, esta primera causa sobra o viene a enturbiar el conjunto de la normativa, pues si, conforme al artículo 7, la sociedad no adquiere personalidad jurídica hasta el momento de la inscripción, la sociedad no inscrita es inexistente (sin perjuicio de lo anteriormente dicho respecto al contrato social), por lo que no es necesario «declarar judicialmente la nulidad de la misma»; sin necesidad de tal declaración carecerá de operatividad alguna respecto a terceros.

— Por resultar el objeto social ilícito o contrario al orden público.

— Por no expresarse en la escritura de constitución o en los Estatutos sociales la denominación de la sociedad, las aportaciones de los socios, la cuantía del capital, el objeto social o, finalmente, por no respetarse el desembolso mínimo del capital legalmente previsto.

De lo dicho en los dos anteriores apartados resulta:

- a) Que el objeto social ha de ser lícito, no contrario al orden público y determinado.
- b) Que la ilicitud puede ser tanto originaria como sobrevenida.
- c) Que no sólo es causa de nulidad la ausencia de objeto, sino también su imprecisión o indeterminación. Señala EIZAGUIRRE, a este respecto, que «si la actividad a que va a dedicarse la sociedad no se desprende con un mínimo de certeza y veracidad del contenido de los Estatutos, es tanto como si éstos callasen al respecto» (38).
- d) Que no sólo es causa de nulidad la ausencia de denominación, sino también la adopción de una coincidente sustancialmente con la de otra sociedad ya existente, pues entendemos que ello equivale a falta de la misma.

El artículo 2, 2.º, establece que «no se podrá adoptar una denominación sustancialmente idéntica a la de otra sociedad preexistente».

- e) Que denominación, aportaciones, cuantía del capital y objeto podrán constar tanto en los Estatutos como en la escritura de constitución.

— Por la incapacidad de todos los socios fundadores.

La incapacidad, vemos, ha de ser de todos los fundadores.

— Por no haber concurrido en el acto constitutivo la voluntad efectiva de, al menos, dos socios fundadores, en el caso de pluralidad de éstos.

No obstante, el artículo 12, 1.º, como ya hemos visto, exige tres socios. Sobre este punto, claramente relacionado con la denominada sociedad de un solo socio, nos remitimos a lo ya dicho. Pero debe insistirse aquí en lo que, a nuestro juicio, constituye una incoherencia del proyecto.

Termina determinando el precepto que fuera de los casos enunciados no podrá declararse la ineficacia ni la nulidad absoluta o relativa de la sociedad.

2.º Efectos de la declaración de nulidad [art. 32, a), de la Ley].

1. La sentencia que declare la nulidad de la sociedad abre su liquidación, que se seguirá por el procedimiento previsto en la presente Ley para los casos de disolución.

2. La nulidad no afectará a la validez de las obligaciones o de los créditos de la sociedad frente a terceros, ni a la de los contraídos por

(38) EIZAGUIRRE, en *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, pág. 350.

éstos frente a la sociedad, sometiéndose unas y otros al régimen propio de la liquidación.

3. 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.

Apunta EIZAGUIRRE (39) que «la eficacia reconocida a la sentencia de nulidad en los precedentes términos pone de relieve la dificultad de subsumir bajo el concepto de sociedad anónima nula a la 'sociedad anónima irregular', ya que ni en la designación de los liquidadores ni en la legitimación para exigir los dividendos pasivos a los pretendidos accionistas se ve muy bien cómo pueda realizarse en tal caso».

I) LA CONTABILIDAD DE LOS EMPRESARIOS

El artículo 2 del proyecto, bajo el epígrafe «De la contabilidad de los empresarios», da nueva redacción a los artículos 25 a 49 del Código de Comercio. Se divide en dos secciones, la primera de ellas relativa a los libros de los empresarios y la segunda a las cuentas anuales.

1.º Los libros de los empresarios.

Regulados en los artículos 25 a 33 del artículo 2 del proyecto, interesa resaltar desde el punto de vista del Registro Mercantil:

1. Todo empresario, persona natural o jurídica, deberá llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su empresa, que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones y la elaboración periódica de balances e inventarios.

2. Llevará necesariamente, sin perjuicio de lo establecido en las leyes o disposiciones especiales, un libro de inventarios y cuentas anuales y otro diario. Las sociedades mercantiles llevarán también un libro o libros de actas, en los que constarán, al menos, todos los acuerdos tomados por las Juntas generales y especiales y los demás órganos colegiados de la sociedad.

3. Los empresarios presentarán los libros que obligatoriamente deben llevar en el Registro Mercantil del lugar donde tuvieren su domicilio, para que antes de su utilización se ponga en el primer folio de cada uno diligencia de los que tuviere el libro, y en todas las hojas de cada libro, el sello del Registro. Sin embargo, será válida la realización de asientos y anotaciones, por cualquier procedimiento idóneo, sobre hojas que después habrán de ser encuadradas correlativamente para formar los libros obligatorios, los cuales serán legalizados antes de que transcurran los cuatro meses siguientes a la fecha de cierre del ejercicio,

(39) J. M. EIZAGUIRRE, *ob. cit.*, pág. 360.

o en el caso del libro de inventarios, de que transcurra igual plazo a partir de cada una de las transcripciones que ordena el artículo 28. Todo lo dicho se aplicará al libro registro de acciones nominativas en las sociedades anónimas, y al libro de socios en las sociedades de responsabilidad limitada.

4. Cada Registro Mercantil llevará un libro de legalizaciones.

5. El libro de inventarios y cuentas anuales se abrirá con el balance inicial detallado de la empresa. Al menos trimestralmente, se transcribirán, con sumas y saldos, los balances de comprobación. Se transcribirán también el inventario de cierre de ejercicio y las cuentas anuales.

6. El libro diario registrará, día a día, todas las operaciones relativas a la actividad de la empresa, aunque se podrán hacer anotaciones conjuntas totales por períodos no superiores a un mes.

7. Las anotaciones contables deberán hacerse expresando los valores en pesetas.

8. Los empresarios conservarán, debidamente ordenados, los libros, correspondencia, documentación y justificantes concernientes a su negocio durante seis años a partir del último asiento realizado en los libros.

9. El valor probatorio de los libros será apreciado por los Tribunales, conforme a las reglas generales del Derecho.

2.º Las cuentas anuales.

Nos referiremos después a las cuentas anuales al estudiar las sociedades de responsabilidad limitada. Respecto a las sociedades anónimas, la regulación de aquéllas viene contenida en los modificados artículos 34 y siguientes del Código de Comercio, de aplicación general, y en los nuevos 102 a 110, *h*), de la Ley de Sociedades Anónimas.

Consiguientemente:

1. Con carácter general, el reformado artículo 34 del Código de Comercio establece que al cierre de cada ejercicio, el empresario deberá formular las cuentas anuales de su empresa, que comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y, en su caso, el cuadro de financiación y la memoria, formando todos ellos una unidad.

Para los grupos de sociedades se determina lo siguiente (arts. 42 y siguientes):

— Toda sociedad mercantil estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados cuando, siendo socio de otra sociedad, se encuentre en relación a ésta en alguno de los siguientes casos: *a*) posea la mayoría de los derechos de voto; *b*) tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del Consejo de

Administración; *c)* pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto; *d)* haya nombrado exclusivamente con sus votos la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deben formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores.

— La obligación de formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados no exime a las sociedades integrantes del grupo de formular sus propias cuentas anuales y el informe de gestión correspondiente, conforme a su régimen específico.

— Las cuentas anuales consolidadas y el informe de gestión del grupo habrán de someterse a la aprobación de la Junta general ordinaria de la sociedad dominante, simultáneamente con las cuentas anuales y el informe de gestión de esta sociedad.

— En el mes siguiente a su aprobación, las cuentas y el informe de gestión consolidados y el certificado de los auditores deberán ser depositados en el Registro Mercantil. El *Boletín Oficial* del Registro Mercantil habrá de publicar de forma inmediata el anuncio del depósito.

— Las cuentas anuales consolidadas comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria consolidados. Estos documentos forman una unidad. A las cuentas anuales consolidadas se unirá el informe de gestión consolidado.

2. Con carácter específico para las sociedades anónimas, el artículo 4 del proyecto establece que el actual capítulo VI, «Del balance», de la Ley de 17 de julio de 1951 de Sociedades Anónimas, queda derogado, pasando a ser sustituido por el nuevo capítulo VII, que se titulará «De las cuentas anuales» [arts. 102 a 110, *h)*].

— Las cuentas anuales comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, el cuadro de financiación y la propuesta de aplicación del resultado, así como la memoria.

— El informe de gestión habrá de contener, al menos, la exposición fiel sobre la evolución de los negocios y situación de la sociedad.

— Las cuentas anuales y el informe de gestión deberán ser formulados por los administradores en el plazo máximo de tres meses, contados a partir del cierre del ejercicio social, y se firmarán por todos los administradores.

— Las cuentas anuales y el informe de gestión deberán ser revisados por auditores de cuentas, salvo que se trate de sociedades que puedan presentar un balance abreviado. Los auditores verificarán también la concordancia del informe de gestión con las cuentas anuales del ejercicio.

Dichos auditores redactarán un informe detallado sobre el resultado de su actuación.

— La Junta general resolverá sobre la aplicación del resultado del ejercicio de acuerdo con el balance aprobado.

— Las cuentas anuales aprobadas, la aplicación del resultado y el informe de gestión, así como el informe de la auditoría, habrán de depositarse en el Registro Mercantil dentro del mes siguiente a su aprobación por la Junta general. El *Boletín Oficial* del Registro Mercantil habrá de publicar de forma inmediata el anuncio de que tales documentos se han depositado.

— Las sociedades que puedan formular balance abreviado depositarán éste y la memoria abreviada, de acuerdo con las normas a ellas aplicables, y podrán prescindir del depósito de la cuenta de pérdidas y ganancias y del informe de gestión, así como, en su caso, del depósito del informe de auditoría de cuentas.

— Las sociedades que puedan formular la cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, podrán depositar el balance y memoria abreviados de acuerdo con determinadas reglas concretas.

3.º Ambito de la función calificadora del Registrador en esta materia.

De la regulación referida entendemos que puede extraerse la conclusión de que la calificación del Registrador alcanza únicamente a lo que se ha dado en llamar legalidad de las formas extrínsecas de los documentos presentados, pero no a la validez del contenido de los mismos.

II. REFORMA DEL REGIMEN DE LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

A) CONCEPTO Y NATURALEZA

1.º Concepto.

La Ley de 17 de julio de 1953 omitió dar una definición de la sociedad de responsabilidad limitada, circunscribiéndose a fijar en sus primeros artículos sus rasgos fundamentales; sólo uno de estos caracteres —la cuantía del capital social— ha sido alterado por el proyecto. La sociedad limitada queda, por tanto, configurada por las siguientes notas distintivas:

1. Se trata de una sociedad de capital determinado (art. 1 de la Ley vigente, que no sufre alteración), y de acuerdo con la nueva redacción del

artículo 3, «estará integrado por las aportaciones de los socios, no podrá ser inferior a 500.000 pesetas, se expresará precisamente en esta moneda y desde su origen habrá de estar totalmente desembolsado». Se pasa, por tanto, de un sistema de «capital máximo» (cinco millones de pesetas en la redacción originaria de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; elevada esta cifra a 50 millones por Ley de 5 de diciembre de 1968) a otro de «capital mínimo». Debe destacarse que en este punto el legislador español actúa con plena libertad, pues la segunda Directiva, que exige en su artículo 6 un capital mínimo de 25.000 ECUS para constituir una sociedad, se refiere únicamente a las anónimas.

2. El capital está dividido en participaciones iguales, acumulables e indivisibles, que no podrán incorporarse a títulos negociables ni denominarse acciones (art. 1).

3. Los socios no excederán de 50 y no responderán personalmente de las deudas sociales (art. 1, 2.º).

El proyecto, al igual que la legislación vigente, no exige un número mínimo de socios fundadores, por lo que será aplicable el artículo 116 del Código de Comercio, que exige la concurrencia de, al menos, dos personas. No se ha considerado la posibilidad (contemplada por el Derecho alemán) de que una sola persona pueda fundar una sociedad limitada. Cuestión distinta es que con el transcurso del tiempo todas las participaciones sociales se concentren en una sola mano; en relación a este supuesto, el proyecto no contiene norma alguna. El anteproyecto elaborado por la Comisión General de Codificación establecía (para la sociedad anónima, no para la limitada), en este caso, la responsabilidad ilimitada del socio; la norma desapareció en la versión definitiva presentada por el Gobierno a las Cortes.

4. La sociedad habrá de girar bajo una denominación objetiva o una razón social, a la que deberá añadirse, en todo caso, la indicación «sociedad de responsabilidad limitada» o «sociedad limitada». No se podrá adoptar una denominación o razón social idéntica a la de otra sociedad preexistente, sea o no limitada» (art. 2 de la vigente Ley, que no sufre alteración en el proyecto). En este punto —de no producirse una modificación en la tramitación parlamentaria de la Ley— habrá una discordancia entre el régimen de la sociedad limitada y el de la sociedad anónima, pues con relación a ésta, la nueva redacción dada al artículo 2 de su Ley reguladora exige que no se adopte una denominación «sustancialmente» idéntica a la de otra preexistente.

5. La sociedad tiene carácter mercantil, cualquiera que sea su objeto (art. 3, 2.º).

2.º Naturaleza.

En el Derecho inglés, la «Private Company» es una sociedad anónima en la que concurren ciertas circunstancias especiales que determinan una simplificación de su régimen jurídico. En Alemania, la Ley de 1892 configuró la sociedad limitada como un tipo autónomo, si bien destacando claramente su carácter de sociedad de capitales. En la Ley francesa de 1925, la sociedad limitada se asemeja a una sociedad colectiva sin responsabilidad personal de los socios; lo mismo cabe decir del Derecho belga, en que este tipo societario recibe la denominación de «sociedad de personas de responsabilidad limitada». En España, antes de la Ley de 1953, la sociedad limitada carecía de regulación, si bien era admitida al amparo de los artículos 117 y 122 del Código de Comercio (que parecían inclinarse por el *numerus apertus* en materia de tipos sociales), y el artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil (que aludía expresamente a la misma). En la práctica notarial y registral de la época, la sociedad limitada se configuraba como una sociedad colectiva en la que se limitaba la responsabilidad de los socios a los bienes aportados. La exposición de motivos de la Ley de 1953 no se pronunciaba sobre el carácter «personalista» o «capitalista» de la sociedad limitada al considerar «arbitraria» esta clasificación.

No obstante, la opinión mayoritaria de la doctrina la adscribe al grupo de las «sociedades de capital». En esta línea, dice URÍA que las características distintivas de la sociedad limitada, unido al hecho de que la Ley vigente reproduce más o menos literalmente numerosos preceptos de la Ley de Sociedades Anónimas (arts. 5, 6, 16, 19, 22, 23, 24, 26, 28 y 30), permiten afirmar que en nuestro sistema la sociedad de responsabilidad limitada tiene más de sociedad capitalista que de sociedad personalista. Con un régimen especialmente atento a la formación de capital y a sus eventuales modificaciones, con una organización interna corporativa parecida a la de la sociedad anónima y un régimen de responsabilidad semejante al de ésta, nuestra sociedad limitada más parece una anónima simplificada que una colectiva sin responsabilidad personal de los socios. Este punto de vista también parece haberse abierto paso en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 25 de mayo de 1959, 25 de abril de 1963, 3 de julio de 1964, 21 de septiembre de 1965) (40).

El proyecto que examinamos mantiene alguno de los elementos señaladamente personalistas de la vigente Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada: la posibilidad de establecer en la escritura de constitución prestaciones accesorias con carácter obligatorio para todos o algunos de los socios (art. 10); la limitación de la libre transmisibilidad de las participaciones (art. 22); el quórum especial exigido por el artículo 12 para cesar al administrador nombrado en la escritura fundacional (reve-

(40) RODRIGO URÍA: *Derecho mercantil*, Madrid, 1982.

lador de la importancia de las relaciones personales en este tipo de sociedad); la posibilidad de excluir a un socio (art. 31). No obstante, entendemos que, considerado en su conjunto, supone un reforzamiento del carácter capitalista de la sociedad limitada, tal como se desprende de los siguientes hechos:

1. La remisión que en varios puntos se hace a la Ley de Sociedades Anónimas, de manera que la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada tendrán exactamente el mismo régimen jurídico en materias de tanta trascendencia como: eficacia de actos celebrados a nombre de la sociedad antes de la escritura de constitución o de la inscripción (art. 6); nulidad de la sociedad (art. 6); facultades de los administradores (art. 11); cuentas anuales (art. 26); fusión (art. 28); escisión (art. 29).

2. Ciertas modificaciones, como las introducidas en los artículos 15 y 20, que tienen la finalidad —según la exposición de motivos— de reforzar la situación de las minorías y facilitar la circulación de las participaciones, lo que revela la intención del legislador de evolucionar hacia un tipo de sociedad en que las condiciones personales de los socios son menos importantes.

3. La función que en el futuro está llamada a desempeñar la sociedad limitada: ser el tipo social adoptado por sociedades que en la actualidad han optado por la forma anónima y no consideren oportuno cumplir el requisito del capital mínimo establecido por la Ley.

Por estos motivos consideramos perfectamente fundada la crítica que al proyecto hace OTERO LASTRES, al señalar que se ha desaprovechado la ocasión para modificar el párrafo 2.º del actual artículo 3 de la Ley, en lo relativo a la legislación aplicable con carácter subsidiario. La futura Ley seguirá remitiendo a las disposiciones del Código de Comercio comunes a toda clase de sociedades, cuando hubiera sido preferible declarar la aplicación supletoria de la Ley de Sociedades Anónimas (41).

La sociedad de responsabilidad limitada que resulta del proyecto guarda importantes semejanzas con la «sociedad cerrada de responsabilidad limitada» del Derecho holandés, tipo social que fue introducido en los Países Bajos en 1971, precisamente como consecuencia de la primera Directiva de la CEE sobre derecho de sociedades. Las características fundamentales de esta sociedad cerrada son: 1) Un capital mínimo inferior al establecido para la sociedad anónima. 2) Transmisión de acciones restringida, bien otorgando una preferencia a los demás socios, bien subordinando la transmisión a la previa aprobación de un órgano social. 3) La

(41) JOSÉ MANUEL OTERO LASTRES: «Sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada», en *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*, varios autores, Ed. Civitas, Madrid, 1987.

«sociedad cerrada» no puede emitir acciones al portador ni certificados de acciones. Sólo puede emitir acciones registradas (42).

B) CONSTITUCIÓN

Como ya hemos indicado, la segunda Directiva (referida expresamente a la constitución de sociedades y al aumento y reducción de capital) es aplicable únicamente a las sociedades españolas, por lo que el legislador español aparece en este punto condicionado únicamente por la primera Directiva, cuyas exigencias pueden sintetizarse de la siguiente forma:

a) Necesidad de publicidad para la constitución de sociedades. El artículo 3, 1.º, de la Directiva dispone que «en cada Estado miembro se abrirá un expediente en un Registro Central o bien en un Registro Mercantil o Registro de Sociedades, por cada una de las sociedades inscritas». El artículo 2 habla de «publicidad obligatoria». En este punto no ha sido necesaria ninguna alteración del Derecho español vigente, el proyecto no modifica el artículo 5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada: «La sociedad se constituirá en escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil, y desde ese momento tendrá personalidad jurídica».

b) Validez de los compromisos de la sociedad. En este punto nos interesa el problema de la eficacia de los actos celebrados a nombre de la sociedad antes de la adquisición de personalidad jurídica. El proyecto modifica la redacción del artículo 6 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada: «A los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de la escritura de constitución, o antes de su inscripción y a falta de ésta, se aplicará lo dispuesto en los artículos 8 y 9 de la Ley sobre Régimen Jurídico de Sociedades Anónimas...». Estos preceptos establecen un régimen de protección a terceros que sigue la línea de lo establecido en el artículo 7 de la primera Directiva, y en relación al cual, nada hay que añadir a lo dicho en relación a las sociedades anónimas.

c) Nulidad de la sociedad. Se admiten únicamente las causas de nulidad mencionadas en la Ley. También en este punto, el proyecto hace una remisión a la regulación de las sociedades anónimas: «... igualmente se aplicará la sección 5.ª del capítulo II de esa Ley al régimen de nulidad de las sociedades de responsabilidad limitada...».

(42) Véase, al respecto, EDUARD C. DE BOUTER: «Introducción al Derecho de sociedades de los Países Bajos y de las Antillas Holandesas», en *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, julio-diciembre 1986.

C) RÉGIMEN DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES

En relación a éstas no sufren modificación los siguientes puntos: 1. La naturaleza jurídica de la participación, ya que, como vimos, el anteproyecto mantiene la vigente redacción del artículo 1 de la Ley. 2. El derecho de preferente adquisición de los socios en caso de transmisión *inter vivos* de las participaciones de alguno de ellos a persona ajena a la sociedad (art. 20) y la posibilidad de establecer este derecho en las transmisiones *mortis causa* (art. 21). 3. El régimen del condominio y usufructo de participaciones sociales (art. 23 y 24).

Las innovaciones del proyecto son las siguientes:

a) Transmisión de participaciones sociales. La nueva redacción del último párrafo del artículo 20 dispone: «la transmisión de las participaciones sociales se formalizará en escritura pública»; se suprime, por tanto, la inscripción de la transmisión en el Registro Mercantil.

b) Asistencia a la Junta general. El nuevo artículo 22, 2.º, exige para asistir a la Junta general o para votar fuera de ella que el socio haya comunicado a la sociedad por escrito la adquisición de participaciones sociales con cinco días de antelación a aquel en que haya de celebrarse la Junta o, en su caso, la votación.

c) Creación de un libro registro de socios. Artículo 22, último párrafo: «La sociedad llevará un libro registro de socios, en que se inscribirán sus circunstancias personales, las participaciones sociales de cada uno de ellos y las variaciones que se produzcan. Cualquier socio podrá consultar este libro registro, que estará bajo el cuidado y responsabilidad de los administradores. El socio tiene derecho a obtener una certificación de sus participaciones en la sociedad, que figuran en el libro de registro».

d) Prenda de participaciones sociales. Artículo 25: «La constitución de la prenda sobre las participaciones sociales deberá constar en escritura pública, que se anotará en el libro registro de socios».

En resumen: se ha suprimido la exigencia de inscripción en el Registro Mercantil de la transmisión y constitución del derecho de prenda sobre las participaciones sociales, sustituyéndose por la inscripción en un libro-registro de socios que lleva la propia sociedad (de forma análoga al libro-registro de acciones nominativas de la sociedad anónima).

Esta reforma ha suscitado algunos recelos en la doctrina; así, en opinión de GONDRA (43), la exigencia de inscripción en el Registro Mer-

(43) JOSÉ MARÍA GONDRA ROMERO: «La posición de la sociedad de responsabilidad limitada en el marco de la reforma del Derecho de sociedades», en *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, varios autores, Ed. Civitas, Madrid, 1987.

cantil, en el Derecho vigente, tiene un doble sentido. De una parte, una finalidad de información a los terceros, en particular a los acreedores, dado que en las sociedades modestas, sean anónimas o limitadas, la concesión de crédito descansa en la «capacidad de crédito» de los socios. De otra parte, la inscripción en el Registro está llamada a cumplir una función —como apunta GIRÓN TENA— de control continuado del mantenimiento de este tipo social dentro del límite máximo del número de socios —50— que el legislador —junto con el de la cifra máxima de capital— le había asignado para delimitar su ámbito funcional. Pues bien, ninguna de estas dos funciones se pueden cumplir por la inscripción de la transmisión de las participaciones en un libro-registro de la propia sociedad. Este únicamente sirve a fines de control interno del cambio de socios, mediante la atribución a la referida inscripción de una eficacia «legitimadora frente a la sociedad».

En nuestra opinión, además de por las razones anteriores, esta reforma merece un juicio negativo, por los siguientes motivos:

a) Uno de los «puntos débiles» (y quizá el único) de la institución registral en materia de sociedades anónimas (y que en el futuro, de prosperar la reforma, afectará también a las sociedades de responsabilidad limitada), lo constituye la falta de acceso al Registro de los actos que implican un cambio en la titularidad de las acciones, de manera que el Registrador, al examinar un título en el que se recoge un acuerdo de la Junta general, puede calificar la regularidad formal del mismo y la adecuación a Derecho de su contenido, pero no el tracto sucesivo, entendido en este caso como control de la legitimación de las personas que declaran ser socios y adoptan los acuerdos. En determinadas circunstancias (por ejemplo, nombramiento de nuevos administradores, cuando ha cambiado la titularidad de todas las acciones, y ni el presidente y secretario de la Junta ni los nuevos administradores nombrados guardan relación alguna con las personas mencionadas en los anteriores asientos de la sociedad), la única garantía de que no accederán títulos falsos a los libros del Registro lo constituyen las correspondientes sanciones penales.

La pretensión de someter a publicidad el cambio de titularidad de las acciones es utópica; en las grandes sociedades (e incluso en las medianas) resulta imposible conocer en cada momento quiénes son los socios, bien por la imprescindible rapidez en la circulación de los títulos, bien por las especiales características de la transacción (por ejemplo: Compañía Telefónica, cuyas acciones cotizan en la Bolsa de Nueva York). Pero ello no debe hacernos perder la perspectiva: la publicidad es algo deseable en los casos en que sea materialmente posible.

b) La exposición de motivos del proyecto señala que con la reforma

se trata de facilitar la transmisibilidad de las participaciones sociales. La circulación de los «derechos de socio» es un elemento esencial de toda sociedad de corte capitalista: la reducción de capital está sometida a requisitos rigurosos; el socio no puede pedir la restitución de sus aportaciones a la sociedad; la posibilidad de disponer de su titularidad (y obtener una compensación económica) es la justa contrapartida de la limitación que le afecta. En nuestra opinión, no puede afirmarse que la necesidad de inscripción en el Registro Mercantil constituye el principal obstáculo a la libre circulación de las participaciones:

1. Por una parte, entendemos, las dificultades a la transmisión de participaciones derivan de su propia naturaleza (no pueden incorporarse a títulos negociables); son, como diría URÍA, una especie de «acción no documentada»; no hay incorporación de los derechos de socio a un título material (de manera que se pueden transmitir aquéllos mediante la transmisión de la propiedad de éste); siendo este hecho (y no la publicidad registral) el que marca la diferencia entre la fácil transmisión de las acciones y la más difícil transmisión de las participaciones de una sociedad limitada (44).

2. Por otro lado, la inscripción, si bien supone añadir un nuevo requisito a la transmisión, indirectamente favorece la circulación de los derechos de socio, al proporcionar a los terceros adquirentes una plena seguridad de la eficacia de su adquisición (principio de fe pública registral: art. 3 del Reglamento del Registro Mercantil: «La declaración de inexactitud o nulidad no perjudicará los derechos de terceros de buena fe adquiridos conforme al contenido del Registro»).

c) Finalmente, la nueva redacción del artículo 25 puede plantear una serie de problemas técnicos en relación con el derecho de prenda: todo derecho real exige un signo externo que ponga de manifiesto a terceros su existencia; esta ostensibilidad se obtiene bien mediante el hecho

(44) Si la finalidad de la reforma en este punto es facilitar la transmisión de las participaciones sociales (dentro de una línea de acercamiento entre la sociedad anónima y la sociedad limitada), la solución congruente habría sido alterar la propia naturaleza de las participaciones, incorporando los derechos de socio a un título valor, con la consiguiente aplicación del régimen jurídico de los bienes muebles materiales: susceptibilidad de posesión y transmisión regida por los artículos 464 y concordantes del Código Civil. La regulación del proyecto puede dar lugar a delicados problemas en el futuro, al configurar una entidad inmaterial (la participación), sobre la que recae un derecho subjetivo de naturaleza patrimonial del que se puede disponer (esto es, está en el tráfico jurídico), pero que no es susceptible de publicidad, ni posesoria (por su propia naturaleza) ni registral (por determinación de la Ley). Es de destacar que la «sociedad cerrada» del Derecho holandés, a que antes hacíamos referencia, como tipo similar a la sociedad limitada española, sólo puede emitir acciones sujetas a Registro.

material de la posesión, bien mediante la inscripción en el Registro. Con relación a las participaciones: *a'*) No cabe posesión: es una entidad sin concreción material, no hay incorporación del derecho a un título, de forma que no cabe —a diferencia de lo que sucede con las acciones de una sociedad anónima— el traspaso de la tenencia material de los títulos, como medio revelador de la constitución de un derecho real de garantía. No hay posibilidad de cumplir lo dispuesto en el artículo 1.863 del Código Civil. *b'*) Por otra parte, se suprime la publicidad registral. En consecuencia: se configura por el proyecto un derecho real no susceptible de ningún tipo de publicidad (el otorgamiento de la escritura sólo es conocido por los otorgantes). Cabe plantear entonces la siguiente pregunta: ¿tendrá eficacia este derecho de prenda frente a terceros (ulteriores adquirentes, acreedores del socio que pignora su participación) que no tuvieron la posibilidad de conocer su existencia? Si la respuesta es negativa habrá que negar naturaleza real a la figura, y ésta carecerá de utilidad práctica. Si la respuesta es positiva, se habrá producido la quiebra en esta materia de un principio fundamental de nuestro Derecho, como es la seguridad del tráfico.

D) ORGANOS DE LA SOCIEDAD

No sufren alteración en el proyecto los artículos 12 (separación de los administradores y prohibición de concurrencia); 13 (responsabilidad de los administradores); 14 (posibilidad de adopción de acuerdos sociales mediante correspondencia social o telegráfica); 15, 2.º (Junta universal), y 16 (representación en Juntas generales). Las modificaciones afectan a los siguientes puntos:

1.º Organismo de administración.

Se modifica el artículo 11 de la Ley, que queda redactado de la siguiente forma: «La administración de la sociedad se encomendará a una o más personas, socios o no, que la representarán, conforme a lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas. El nombramiento de los administradores surtirá efectos desde el momento de su aceptación y debe ser presentado para su inscripción en el Registro Mercantil dentro de los diez días siguientes a los de la fecha de aquélla, indicando el nombre o denominación social, nacionalidad y domicilio del administrador».

Las modificaciones afectan a los siguientes puntos:

1. Facultades de los administradores. La vigente Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada partió (al igual que la Ley de Sociedades Anónimas) de la idea de que la seguridad del tráfico exige que las facultades de los administradores tengan un contenido típico no susceptible de limitación determinado por la Ley. En consecuencia, estableció que los administradores representarían a la sociedad en todos los actos relativos al giro o tráfico de la misma, no siendo eficaces frente a tercero las limitaciones de estas facultades (ni aun cuando estuvieran inscritas en el Registro Mercantil, tal como aclara su exposición de motivos).

El proyecto acentúa este criterio, ya que del nuevo artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas resultará el siguiente sistema: *a)* La sociedad queda obligada, en todo caso, por los actos de los administradores cuando estos actos estén comprendidos en el objeto social. *b)* La sociedad queda también obligada, aun cuando dichos actos sean ajenos al objeto social, salvo que se pruebe que los terceros sabían que tales actos excedían del objeto social o que, dadas las circunstancias, no podían ignorarlo. No siendo la publicación de los Estatutos suficiente para constituir esta prueba. Con este sistema se cumplen las exigencias del artículo 9 de la primera Directiva (aplicable tanto a «sociedades por acciones» como a sociedades de responsabilidad limitada); en relación al análisis detallado del mismo, nos remitimos a lo dicho al tratar la sociedad anónima.

2. Se admite expresamente que una persona jurídica pueda ostentar el cargo de administrador («... indicando el nombre o denominación social...»). Este es el criterio que viene admitiéndose en la práctica, si bien la Resolución de 3 de septiembre de 1980 pareció inclinarse, aunque como afirmación incidental, por la solución contraria: «... la representación de la sociedad debe tener lugar por una persona física, que actúe como órgano o como apoderado...».

3. En relación a la inscripción del administrador en el Registro Mercantil, a diferencia de los actuales artículos 11 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 121 del Reglamento del Registro Mercantil, no se alude a la necesidad de expresar la edad (hasta ahora este requisito se venía entendiendo como expresión del hecho de su mayoría de edad).

2.º Junta general.

Se modifica el artículo 15 al establecer que los administradores convocarán necesariamente la Junta cuando lo solicite un número de socios que represente, al menos, la décima parte del capital social (antes era necesaria la solicitud de la cuarta parte de los socios). La exposición de motivos del proyecto dice que se ha introducido esta modificación como

medio de mejorar la «situación jurídica» del socio. Al igual que con relación al artículo 15 de la vigente Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada ha de entenderse que esta porción de capital podrá ser reducida en la escritura de constitución, pero no aumentada (Sentencia de 19 de diciembre de 1973).

3.º Conclusión.

Podemos afirmar que el proyecto no ha alterado sustancialmente el régimen de los órganos de la sociedad de responsabilidad limitada, manteniéndose en este punto los dos principios fundamentales que estableció la Ley de 1953:

1. Por una parte, la estructura de la sociedad responde a una dualidad de órganos: Junta general, órgano deliberante, que expresa la voluntad social y cuyos acuerdos se adoptan por mayoría, y los administradores: órgano ejecutivo encargado de la gestión y representación de la sociedad. La existencia de ambos órganos es necesaria, siendo plenamente vigente la doctrina de la Resolución de 24 de abril de 1980, que consideró que no es inscribible la cláusula que determina que la Junta de socios actúe como órgano administrativo, ya que la Ley impone la existencia de un órgano deliberante y otro de administración, que han de ser siempre distintos.

2. Libertad de estipulación en lo referente al funcionamiento y régimen de los órganos de la sociedad:

a) En lo que se refiere a la Junta general, el artículo 15 mantiene la remisión a la escritura fundacional en lo referente a los requisitos de convocatoria, y en cuanto a la formación de mayorías ha de entenderse que tampoco resulta afectado el principio de libertad de estipulación aludido por la exposición de motivos de la Ley de 1953, de manera que serán plenamente aplicables las doctrinas de las Resoluciones de 7 de noviembre de 1957 (que atendiendo a las notas personalistas que acompañan a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada admitió que la votación se decidiera por mayoría de socios y no por mayoría de participaciones), de 22 de diciembre de 1977 (que admite que se haga depender el cese de un administrador de un quórum superior al normal establecido en el art. 12, pues lo único que prohíbe la Ley es que el cargo sea irrevocable) y de 24 de abril de 1980 (que declara que en la sociedad limitada existe una amplia libertad para establecer o no un quórum de asistencia a la Junta y fijar el de votación).

b) En cuanto a la estructura del órgano de Administración, nada dice el proyecto, pudiendo encomendarse a una o varias personas, conjunta e indistintamente, e incluso mediante la creación de un órgano colegiado. Son perfectamente aplicables, en consecuencia, la Resolución de 20 de julio de 1966 (que admitió la inscripción de una cláusula que determinaba que para obligar a la sociedad sería necesaria la firma conjunta de dos de los tres administradores) y la de 8 de abril de 1981 (que partiendo de una administración mancomunada de la sociedad por tres socios, admitió en ciertas operaciones de menor importancia la actuación solidaria).

**E) ALTERACIÓN DE LA ESCRITURA FUNDACIONAL:
AUMENTO Y REDUCCIÓN DEL CAPITAL**

La segunda Directiva, relativa a «mantenimiento y modificaciones de capital», no es aplicable, como ya hemos dicho, a las sociedades de responsabilidad limitada, por lo que en este punto ninguna innovación ha introducido el proyecto en el artículo 17 de la vigente Ley, que exige para determinados acuerdos que voten a favor un número de socios que representen la mayoría de ellos y las dos terceras partes del capital social, o en segunda convocatoria únicamente las dos terceras partes del capital social. Este régimen se aplica a los siguientes acuerdos:

1. Aumento de capital. No sufre alteración el artículo 18, que regula el derecho de suscripción preferente.

2. Reducción de capital. Se mantiene el artículo 19, que establece una serie de garantías en favor de los acreedores (en consecuencia, parece que ha de mantenerse también la doctrina de la Resolución de 16 de abril de 1975, que entendió que no debe aplicarse este artículo a la reducción por pérdidas).

3. Disolución de la sociedad o prórroga del plazo por el que fue constituida.

4. Transformación y fusión.

5. Modificación de cualquier forma de escritura fundacional. Llama la atención que el proyecto en este punto mantenga el criterio de la Ley vigente y, a diferencia de la Ley de Sociedades Anónimas, no distinga entre escritura y Estatutos. La escritura es el título formal que recoge la voluntad de los constituyentes de dar vida a la sociedad; los Estatutos son la norma constitucional de la sociedad, reguladora de la vida de ésta, con preferencia sobre las disposiciones legales que no tengan carácter imperativo. La escritura recoge el contrato de sociedad; los Estatutos regulan la actividad de la persona jurídica creada en el contrato. La existencia de los Estatutos como entidad separada reforzaría el carácter apersonal de la sociedad, como entidad separada de los socios (coincidiendo, en nuestra opinión, con el sentido general de la reforma), y evitaría ciertos problemas interpretativos que en la actualidad suscita el artículo 17: por ejemplo, si cualquier modificación de la escritura fundacional exige mayoría cualificada, dado que los nombres de los socios aparecen en la escritura, sería necesario un acuerdo con mayoría del artículo 17 para que un socio pudiera transmitir sus participaciones.

F) TRANSFORMACIÓN, FUSIÓN Y ESCISIÓN

1.º Transformación.

Aparece una referencia a la transformación en el artículo 17 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, pero ni el proyecto ni la legislación vigente se ocupan de su regulación. Si la transformación implica la conversión de una sociedad limitada en una sociedad anónima, se aplicará el artículo 140 de la Ley de Sociedades Anónimas; en los demás supuestos (transformación en colectiva o comanditaria) falta toda regulación en nuestro Derecho (45).

2.º Fusión.

En la legislación vigente, la fusión de dos sociedades limitadas o de una limitada y una anónima, que diera lugar a una sociedad anónima, se rige por los artículos 142 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas («... la fusión de cualesquiera sociedades en una sociedad anónima nueva..., la absorción de una o más sociedades en una anónima ya existente...»); pero la fusión que diera lugar a una sociedad limitada o la absorción por una sociedad limitada de otra sociedad cualquiera no está contemplada; el proyecto viene a llenar esta laguna legislativa, declarando el nuevo artículo 28: «La fusión de la sociedad de responsabilidad limitada deberá ser acordada con los requisitos exigidos en el artículo 17, ajustándose al proyecto de fusión, y se regirá, en cuanto le sean aplicables, por las normas que rigen la fusión de las sociedades anónimas». Nos remitimos, por tanto, a lo dicho al tratar la fusión de sociedades anónimas, destacando únicamente como peculiaridad de las sociedades limitadas la relativa a la adopción del acuerdo de fusión:

a) El acuerdo deberá ser adoptado por la Junta general de socios, convocada en los términos del artículo 15, es decir, «con la antelación y en la forma que prevea la escritura social». Pero dado que no hay norma que expresamente lo excluya, parece que también podrá adoptarse en la forma que determina el artículo 14 cuando no sea necesaria la Junta general.

b) El acuerdo habrá de ser adoptado con la mayoría del artículo 17: «Para... acordar la fusión... será necesario que voten en favor del acuerdo un número de socios que representen, al menos, la mayoría de ellos

(45) En relación a la transformación de una sociedad de responsabilidad limitada en una sociedad comanditaria por acciones, véase el apartado III de este artículo.

y las dos terceras partes del capital social. En segunda convocatoria bastarán las dos terceras partes del capital social».

El anteproyecto elaborado por la Comisión General de Codificación, aun cuando también remitía genéricamente a la regulación de la Ley de Sociedades Anónimas, contemplaba ciertas peculiaridades para las sociedades de responsabilidad limitada, que determinaban una simplificación del procedimiento, al no contemplar el período de información de los accionistas y el informe de expertos independientes (se excluía la aplicación de los arts. 145 y 148 de la Ley de Sociedades Anónimas). Estas disposiciones desaparecieron en el proyecto definitivo.

3.º Escisión.

Tiene un tratamiento paralelo a la fusión; el proyectado artículo 29 dispone: «La escisión de la sociedad de responsabilidad limitada deberá ser acordada con los requisitos exigidos en el artículo 17, ajustándose al proyecto de escisión, y se regirá, en cuanto sea aplicable, por las normas que rigen la escisión de las sociedades anónimas» (46).

G) CUENTAS ANUALES

El proyecto altera la denominación del capítulo VI de la Ley de 17 de julio de 1953, que pasa a denominarse «Cuentas anuales y distribución de beneficios», y está integrado por los artículos 26 y 27; el artículo 27 tiene el mismo texto que el actual 29 de la Ley; el artículo 26 recibe una nueva redacción, comprendiendo tres apartados, de los cuales, los dos últimos no figuraban en el anteproyecto. Pasamos a examinarlos separadamente:

a) Apartado primero: «Se aplicará a las cuentas anuales de las sociedades de responsabilidad limitada lo dispuesto en el capítulo VII de la Ley de Sociedades Anónimas, sin perjuicio de lo establecido en este artículo y en el siguiente». Cabe hacer un doble comentario:

1. La regulación de las cuentas anuales será en el futuro común para todas las sociedades de capitales, solución que viene impuesta por

(46) Al igual que sucedía con la fusión, el artículo 29 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en el régimen del anteproyecto, contenía algunas peculiaridades con respecto a la escisión de sociedades anónimas: no era preciso el período de información a los accionistas y se suprimía el informe de los expertos independientes; especialidades que desaparecieron en el proyecto.

la cuarta Directiva, aplicable tanto a las sociedades anónimas como a las limitadas.

Esta solución debe enmarcarse en una tendencia a la generalización y universalización de las normas que rigen la contabilidad de las empresas y que tiene diversas manifestaciones: 1) En el ámbito de la legislación española, la modificación que el proyecto introduce en el título III, libro I, del Código de Comercio, declarando su exposición de motivos que «la razón esencial de esa modificación se debe a la oportunidad de la generalización de algunas normas, en especial las referentes a las cuentas anuales, que proceden del ordenamiento comunitario. Aunque originariamente pensadas para las sociedades mercantiles, no es dudoso que los principios esenciales de tales normas deban aplicarse con carácter general a la contabilidad de todo empresario». 2) En el ámbito de la legislación europea, con la propuesta que lleva fecha de 11 de junio de 1986, por la que se pretende modificar la cuarta Directiva, extendiéndose su ámbito de aplicación a las sociedades personalistas (se pretende evitar que queden al margen de la obligación de consolidar cuentas las sociedades que adopten la forma de sociedad colectiva o sociedad comanditaria).

2. No obstante lo anterior, no ha podido ignorarse el hecho de que la realización de minuciosas operaciones de contabilidad puede resultar excesivo para determinadas sociedades de pequeño tamaño (históricamente, uno de los motivos de la creación de la sociedad limitada fue precisamente descargar a las pequeñas y medianas empresas, que deseaban obtener un régimen de responsabilidad limitada, del deber de llevar a cabo una rigurosa contabilidad). Por ello, los artículos 11, 27 y 44 de la cuarta Directiva permiten que los Estados establezcan un régimen más sencillo para las pequeñas sociedades. El proyecto hace uso de esta facultad estableciendo las siguientes reglas:

1.^a Sociedades que cumplan, al menos, dos de las circunstancias siguientes durante dos años consecutivos en la fecha del cierre del ejercicio: a') Que el total de las partidas del activo no supere los 230 millones de pesetas. b') Que la cifra anual de negocios sea inferior a 480 millones de pesetas. c') Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no supere los 50. Tienen la posibilidad de formular un balance abreviado [art. 103, b)] y una memoria abreviada [art. 107, b)]; no están obligadas a someter las cuentas anuales y el informe de gestión al informe de un auditor, pero este informe puede ser solicitado por socios que representen, al menos, el 5 por 100 del capital desembolsado [artículos 109 y 109, b)]; en el Registro Mercantil han de depositar únicamente el informe y la memoria abreviados, pudiendo prescindir del depósito de la cuenta de pérdidas y ganancias y del informe de gestión [artículo 110, f)].

2.^a Sociedades en las que durante dos años consecutivos en la fecha

del cierre del ejercicio concurren dos de las circunstancias siguientes: *a')* Que el total de las partidas del activo del balance no supere los 920 millones de pesetas. *b')* Que su cifra anual de negocios sea inferior a 1.920 millones de pesetas. *c')* Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no supere los 250. Tienen la posibilidad de formular una cuenta de pérdidas y ganancias abreviadas [artículo 105, *a)*]; el depósito del balance y la memoria en el Registro Mercantil se realiza conforme a las reglas específicas que establece el artículo 110, *f)*.

Es de observar que la aplicación de uno u otro régimen en materia de cuentas anuales viene determinado por la dimensión económica de la empresa y no por su carácter de anónima o limitada; no obstante, dado que la intención del legislador es que la sociedad limitada quede para empresas de pequeño tamaño (la exposición de motivos del anteproyecto presentado por la Comisión General de Codificación hablaba de «reservar la figura de la sociedad anónima para empresas de cierta envergadura económica»), parece claro que la gran mayoría de las sociedades limitadas quedarán sometidas a alguno de los regímenes simplificados a que acabamos de hacer referencia.

b) Apartado segundo: «Cualquier socio tiene derecho a examinar, en la época y durante el plazo que señale la escritura social, por sí o en unión de persona perita, las cuentas anuales de la sociedad con todos sus antecedentes. El plazo que señale la escritura social para el examen de las cuentas no podrá ser inferior a quince días. Si la escritura social no fijase época para el examen de las cuentas, el socio podrá ejercitar este derecho en cualquier momento». Se aprecia en este precepto una mayor flexibilidad que en el correlativo de la Ley de Sociedades Anónimas [el proyectado art. 110, *b)*], reconoce a los accionistas la facultad de examinar las cuentas desde el momento de convocatoria de la Junta]; hay que entender que deberá respetar, en todo caso, el plazo concedido a los administradores para la elaboración de las cuentas [el que establece el art. 110, *a)*], de la Ley de Sociedades Anónimas, dada la remisión genérica del art. 26, 1.º, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada], de forma que la facultad de examen de las cuentas no podrá ejercitarse antes de que transcurran tres meses desde el cierre del ejercicio.

c) Apartado tercero: «El ejercicio por la minoría del derecho a que se nombre auditor de cuentas con cargo a la sociedad no impide ni limita el ejercicio del derecho a que se refiere el párrafo anterior».

Como hemos visto, la posibilidad de que un grupo de socios solicite la revisión de las cuentas por un auditor se da en aquellas sociedades que reúnen los requisitos del artículo 103, *b)*, del proyecto (en las demás,

el examen es necesario en todo caso); los socios han de representar, al menos, el 5 por 100 del capital social (el anteproyecto exigía que representaran el 10 por 100) (47).

H) DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN

La única modificación consiste en la alteración de la numeración del capítulo dedicado a esta materia, manteniéndose la redacción actual de los artículos 30, 31 y 32. Se mantiene un elemento de acusado carácter personalista: la posibilidad de exclusión del socio, que determina la «disolución parcial» de la sociedad; al no haberse producido alteración en este punto debe entenderse plenamente vigente la doctrina de las Resoluciones de 24 de enero de 1964 y 7 de abril de 1981.

III. REFORMA DEL REGIMEN DE LAS SOCIEDADES COMANDITARIAS POR ACCIONES

1.º Concepto y naturaleza.

La sociedad comanditaria por acciones se desarrolló durante el siglo XVIII (especialmente en Francia) como forma social que permitía invertir capitales en una empresa, con la ventaja de la limitación de responsabilidad para determinados socios y sin las dificultades de la sociedad anónima (sometida entonces al régimen de concesión por el Estado). La posterior flexibilización del régimen de la sociedad anónima determinó que el tipo social que examinamos tuviera escasa importancia práctica; el Código de Comercio español no la regula especialmente (al considerarla como un subtipo de la comanditaria), y únicamente el artículo 99 del Reglamento del Registro Mercantil se refiere a las mismas en su último párrafo, al declarar que la primera inscripción de las mismas deberá contener, en cuanto a las acciones, todas las circunstancias exigidas para las sociedades anónimas. Aun cuando no parece previsible que en el futuro aumente el número de estas sociedades, el proyecto ha entrado en la regulación de las mismas no sólo por así exigirlo el Derecho comunitario, sino, tal como dice su exposición de motivos, «... con el fin de

(47) Resulta especialmente significativo que los autores del proyecto partan de la idea de que en una sociedad limitada no será necesaria la verificación de cuentas por un auditor, entrando en juego la facultad de los socios de exigir este examen. En realidad, como hemos visto, la obligación de revisar las cuentas no depende del tipo social, sino del volumen de la compañía. No obstante, parece darse por sentado que las sociedades limitadas serán sociedades de pequeño tamaño, a las que no será aplicable el artículo 109 de la Ley de Sociedades Anónimas.

evitar que el mayor rigor que la Ley establece para las sociedades anónimas pudiera favorecer la constitución de sociedades en comandita por acciones sin las oportunas garantías para sus socios y los terceros».

El anteproyecto suponía una ruptura con el concepto tradicional de la sociedad comanditaria por acciones; en los preceptos elaborados por la Comisión General de Codificación este tipo social se asemejaba a una sociedad anónima con responsabilidad ilimitada de los administradores; el proyecto definitivo ha optado por una solución más «tradicional», configurándose este tipo social como una entidad en la que coexisten dos tipos de socios, sometidos a un distinto régimen de responsabilidad, y estando la participación de los socios comanditarios representada por acciones.

2.º Constitución.

A falta de una regla específica, se aplicará el artículo 119 del Código de Comercio, que exige escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil. La escritura habrá de contener las menciones exigidas por el artículo 125 del Código para la sociedad colectiva (art. 145) y, además, la identificación de los socios comanditarios y sus aportaciones (art. 99 del Reglamento del Registro Mercantil). El proyecto presenta las siguientes novedades:

1. Los artículos 154 y 156 del Código, en la redacción propuesta, aluden a los «Estatutos» de la sociedad. Por tanto, al igual que en la sociedad anónima y a diferencia de la sociedad limitada, deben aparecer como entidades distintas la escritura fundacional (que recoge el negocio jurídico que da vida a la sociedad) y los Estatutos (que rigen la vida interna de la misma).

2. Socios colectivos. Han de ser personas físicas (art. 151, 2.º) y han de figurar sus nombres en los Estatutos sociales (art. 154).

3. Razón social. Artículo 153: Podrá utilizarse una razón social con el nombre de todos los socios colectivos, de alguno de ellos o de uno solo, o bien una denominación objetiva, con la necesaria indicación de «sociedad en comandita por acciones», o su abreviatura, «S. Com. por A.».

3.º Régimen de las participaciones sociales

En el sistema del anteproyecto todo el capital debía estar dividido en acciones (si bien las de los socios colectivos debían ser de distinta clase que las de los socios comanditarios), lo que tenía las siguientes consecuencias: 1) Sólo a través de una aportación patrimonial puede llegarse a adquirir la condición de socio. 2) La cuantía de esta aportación deter-

minaría la participación en las ganancias y la cuota de liquidación. 3) La condición de socio (colectivo o comanditario) hubiera sido transmisible con la transmisión del título valor.

En el régimen del proyecto, por el contrario, cabe distinguir en el capital social dos partes (así se deduce del art. 151, que utiliza el término «capital comanditario»):

a) Aportaciones de los socios colectivos. La aportación puede consistir en bienes o industria (art. 116 del Código de Comercio); la participación en las ganancias del socio industrial será la que se estipule en la escritura fundacional, y en su defecto, la determinada en el artículo 140 del Código de Comercio; la participación del socio colectivo en la sociedad no se incorpora a un título valor, y su transmisión se rige por el artículo 143 del Código de Comercio.

b) Aportaciones de los socios comanditarios. Dice el artículo 151: «En la sociedad en comandita por acciones, el capital comanditario, que estará dividido en acciones, se integrará por las aportaciones de los socios comanditarios, los cuales no responderán personalmente de las deudas sociales». Se aplicará, por tanto, el régimen de las acciones contenido en el título III de la Ley de Sociedades Anónimas.

En la actualidad, las sociedades comanditarias por acciones no pueden tener un capital superior a 50 millones de pesetas (art. 4 de la Ley de Sociedades Anónimas); esta limitación desaparece en el proyecto. No obstante, cabe plantearse si será en el futuro necesario un capital mínimo de diez millones de pesetas, dado que los proyectados artículos 151 y siguientes del Código de Comercio no contienen norma alguna al respecto y que el artículo 152 establece que en todo lo no previsto se aplicarán las disposiciones de la Ley de Sociedades Anónimas. Nosotros nos inclinamos por una solución afirmativa, no sólo por el tenor literal de los preceptos citados, sino también por el juego de la disposición transitoria tercera, que, en relación a las sociedades anónimas que tengan un capital inferior a diez millones de pesetas, ofrece una doble posibilidad: aumentar capital o transformarse en sociedad colectiva, comanditaria o de responsabilidad limitada; no contempla la posibilidad de que la sociedad anónima con capital inferior a diez millones se transforme en comanditaria por acciones.

4.º Organos de la sociedad.

Dispone el artículo 155: La administración de la sociedad ha de estar necesariamente a cargo de los socios colectivos, quienes tendrán las facultades, los derechos y deberes de los administradores en la sociedad anó-

nima. La separación de uno o varios socios colectivos de la administración podrá ser decidida en cualquier momento por acuerdo mayoritario de los socios comanditarios con el consentimiento de todos los demás socios colectivos. El socio colectivo cesado como administrador tiene derecho a separarse de la sociedad.

La situación del socio colectivo cesado como administrador plantea algunos problemas:

1. Si no ejercita el derecho de separación parece que podrá continuar en la sociedad como socio colectivo (el anteproyecto hablaba de continuar en la sociedad como accionista), ya que si bien la administración de la sociedad ha de estar en manos de los socios colectivos, no necesariamente han de participar en la misma todos (art. 131 del Código de Comercio).

2. En cuanto a su responsabilidad por las deudas sociales, el anteproyecto establecía que el cese determinaba el final de la responsabilidad ilimitada por las deudas contraídas después de su inscripción en el Registro Mercantil. Dado que el proyecto no contiene una norma similar, lo más razonable será entender que el socio cesado continúa respondiendo ilimitadamente si no se separa de la sociedad, dado que mantiene su condición de socio colectivo.

5.º Modificación de Estatutos.

Se ocupa de la materia el artículo 156: La modificación de los Estatutos ha de realizarse previo acuerdo de la Junta general, en los términos establecidos por la Ley de Sociedades Anónimas, al que han de prestar su consentimiento expreso todos los socios colectivos, salvo en el caso de revocación como administrador de alguno de ellos, en el que el afectado deberá abstenerse de participar en la votación.

Se da, por tanto, a la revocación del administrador carácter de modificación estatutaria.

6.º Transformación, fusión y escisión.

Dada la remisión que hace el artículo 152, serán aplicables las disposiciones que contiene la Ley de Sociedades Anónimas, que de esta forma alcanzan un carácter casi general, pues también son aplicables a la fusión y escisión de sociedades limitadas (arts. 28 y 29 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en la redacción propuesta por el proyecto).

7.º Cuentas anuales.

También por aplicación del artículo 152 parece que habrán de aplicarse las normas contenidas en el capítulo VII de la Ley de Sociedades Anónimas, con la posibilidad de acogerse a los regímenes simplificados si se dan las circunstancias de los artículos 103, *b)*, o 105, *a)*.

8.º Disolución y liquidación.

El artículo 157 del Código de Comercio, en la redacción propuesta por el proyecto, dispone: Con independencia de las causas de disolución previstas en la Ley de Sociedades Anónimas, la sociedad se disolverá por fallecimiento, cese, incapacidad o quiebra de todos los socios colectivos, salvo que en el plazo de seis meses y mediante modificación de los Estatutos, se incorpore algún socio colectivo o se acuerde la transformación de la sociedad en otro tipo social.

IV. REFORMA DEL REGIMEN DE LAS SOCIEDADES ANONIMAS LABORALES

El proyecto modifica únicamente dos artículos de la Ley de 25 de abril de 1986:

1. El artículo 2, que queda redactado de la siguiente forma: «En lo no previsto en esta Ley, las sociedades anónimas laborales se regirán por las normas aplicables a las sociedades anónimas», suprimiéndose el último inciso del mismo, en el que se dice: «... y tendrán este carácter cualquiera que sea la cifra de su capital social»; con ello resalta la necesidad de que estas sociedades, en cuanto anónimas, tengan un capital mínimo de diez millones de pesetas.

La disposición transitoria tercera establece un régimen especial para la adaptación de sociedades anónimas laborales que tengan un capital inferior a cuatro millones de pesetas:

a) Tienen un plazo de cuatro años para aumentar el capital hasta la cifra de cuatro millones, y hasta el 31 de diciembre de 1996 para alcanzar la cifra prevista en el artículo 4 de la Ley de Sociedades Anónimas.

b) Previa autorización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social pueden aumentar el capital con cargo a las cantidades que hubiesen sido destinadas en ejercicios anteriores a dotar el fondo de reserva previsto en el artículo 17 de la Ley 15/1986.

2. El artículo 5, 1.º, queda de la siguiente manera: «El capital social, que estará dividido en acciones, se fijará en los Estatutos. En el momento de la constitución deberá estar totalmente suscrito y desembolsado en una cuarta parte, por lo menos, el valor nominal de cada una de las acciones». Se suprime la exigencia de que el desembolso se realice en el plazo de un año, a contar desde la inscripción de la constitución de la sociedad, en la línea del artículo 8 de la Ley de Sociedades Anónimas, que no establece plazo para el desembolso.

V. NORMATIVA TRANSITORIA

Sin perjuicio de las citas que ya hemos hecho, de las cuatro disposiciones que contiene el proyecto nos interesa resaltar aquí:

1.º Las normas de la presente Ley se aplicarán a todas las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y en comandita por acciones, cualquiera que sea el momento en que fueron creadas y el contenido de su escritura social o sus Estatutos, cuando se trate de regular los actos o contratos que se produzcan a partir de su vigencia o que originados con anterioridad, no se hubieran ejecutado totalmente bajo el imperio de la legislación que se deroga. Sin embargo, la escritura, Estatutos y actos y contratos celebrados válidamente conforme a la legislación anterior, surtirán todos sus efectos cuando se trate de proteger derechos adquiridos.

2.º En el plazo de tres años, a contar desde la publicación de esta Ley en el *Boletín Oficial del Estado*, las sociedades dichas deberán adaptar sus Estatutos o escritura social a lo dispuesto en aquélla, presentando en el Registro Mercantil correspondiente la escritura de modificación de Estatutos para su adaptación. El Registrador hará constar su calificación por nota puesta al margen de la primera inscripción de la sociedad y al pie del título presentado.

En el mismo plazo, las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada deberán presentar el acuerdo de reelección o cese de aquellos administradores que vinieran ejerciendo el cargo por período superior a cinco años, contado desde el nombramiento o desde su última reelección.

Transcurrido el plazo de adaptación, los Registradores Mercantiles remitirán al Ministerio de Justicia relación de las sociedades que no conste hayan hecho la adaptación o la hubieran hecho de forma incompleta.

3.º Las sociedades anónimas que tengan un capital inferior a diez millones de pesetas deberán, en el plazo señalado anteriormente, aumen-

tar efectivamente su capital, al menos, hasta esa cifra o transformarse en sociedad colectiva, comanditaria o de responsabilidad limitada.

Las sociedades de responsabilidad limitada que tengan un capital inferior a 500.000 pesetas deberán, en el mismo plazo, aumentar su capital hasta esa cifra.

Sin embargo, las sociedades anónimas laborales cuyo capital sea inferior a cuatro millones de pesetas gozarán de un plazo de cuatro años para aumentarlo hasta esa cifra, disponiendo después de otro plazo, que expirará el día 31 de diciembre de 1996, para aumentarlo de nuevo hasta llegar a los diez millones.

4.º Los actos y documentos legalmente necesarios para los fines expuestos gozarán de exención tributaria.

VI. DISPOSICION FINAL TERCERA

La presente Ley entrará en vigor el día 1 de enero de 1989.

VII. CONCLUSION

Vamos a hacer aquí un esquema de las principales novedades introducidas por la reforma:

A) EN CUANTO A LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

- El capital social no podrá ser inferior a diez millones de pesetas.
- Dicho capital habrá de expresarse en pesetas.
- Antes de la inscripción en el Registro Mercantil, los pactos sobre transmisión de acciones no surtirán efecto frente a la sociedad, incluso en los casos de acciones emitidas como consecuencia de aumento de capital.
- Los asientos registrales se comunicarán por el Registrador a un Registro Central, que dispondrá de un *Boletín Oficial* en el que se publicará un extracto de ellos. Los actos y documentos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe después de la publicación en dicho *Boletín*, salvo matices muy concretos.
- De los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes del otorgamiento de la escritura o de su inscripción responderán solidariamente quienes los hubieran celebrado, pero tal

responsabilidad pasará a la sociedad en determinados casos que se especifican.

- No es necesario el requisito mínimo de tres socios fundadores en las sociedades anónimas constituidas por Comunidades Autónomas.
- En la escritura deberá constar el metálico, bienes o derechos que cada socio aporte o se obligue a aportar. Esta última frase constituye la novedad.
- Las aportaciones dinerarias habrán de expresarse en moneda nacional, o si la aportación fuese en moneda extranjera, se determinará la equivalencia a aquélla (escritura de constitución).
- Se hace una profusa regulación de las aportaciones no dinerarias.
- Deberá expresarse la cuantía total o aproximada de los gastos de constitución que deban ser a cargo de la sociedad (escritura de constitución).
- Habrán de determinarse las personas que inicialmente se encarguen de la administración y representación social (escritura de constitución).
- Dentro de los requisitos identificativos de los administradores deberá constar su edad (escritura de constitución).
- Se determinan las ventajas, responsabilidades, facultades y obligaciones de los fundadores.
- En la especificación del objeto social habrán de expresarse las actividades que integran éste (Estatutos).
- Respecto al pago de dividendos pasivos, deberá expresarse la forma y el plazo máximo en que habrán de satisfacerse (Estatutos).
- En cuanto a las acciones, deberá constar el procedimiento y normas para su conversión de nominativas al portador y viceversa (Estatutos).
- Respecto al órgano ejecutivo, se especifica que es aquel al que se confía la administración y representación de la sociedad, determinándose, en su caso, su sistema de retribución (Estatutos).
- Deberá fijarse el régimen de las prestaciones accesorias y sus especialidades (Estatutos).
- Se expresarán también los derechos especiales o ventajas que se reserven los fundadores o promotores (Estatutos).
- El valor nominal de las acciones no podrá ser superior al cociente que resulte de dividir por 100 la cifra de capital social.
- Se podrá fijar en los Estatutos la posesión de un número mínimo de acciones para asistir a la Junta general, pero —ésta es la

- novedad— que no exceda del 5 por 100 del capital social desembolsado con derecho a voto.
- No es válida la creación de acciones con derecho a percibir un interés fijo.
 - Las acciones deberán ser nominativas cuando su libre transmisibilidad estuviera sujeta a cualquier tipo de restricciones o cuando aquéllas incorporasen prestaciones accesorias.
 - La sociedad no estará obligada a emitir títulos representativos de sus acciones cuando éstas fueran nominativas.
 - Las acciones podrán estar representadas por medio de anotaciones en cuenta.
 - Se dan normas específicas para los títulos de las acciones y los dividendos pasivos.
 - No se admiten pactos limitativos a la libre transmisibilidad de las acciones cuando éstas fueran al portador.
 - Se introducen las acciones sin derecho a voto, aunque su importe nominal no podrá exceder de la mitad del capital desembolsado.
 - Se hace una detallada regulación de los negocios sobre las propias acciones.
 - La normativa sobre la copropiedad de acciones se aplica a cualquier supuesto de cotitularidad de las mismas.
 - El usufructuario de acciones tendrá derecho no sólo a los beneficios obtenidos y repartidos durante el período de usufructo, sino también a los acordados y no repartidos en dicho período.
 - Se regulan las relaciones entre nudo propietario y usufructuario, así como el derecho de suscripción preferente, dentro de este supuesto, en los casos de aumento de capital.
 - Se regula el embargo de acciones (serán de aplicación las reglas de la prenda).
 - Se hace una regulación más detallada que la actual en materia de modificación estatutaria, pudiendo destacarse la necesidad de un informe realizado por los administradores y la exigencia de un quórum distinto al anterior.
 - Se modifican las normas relativas al quórum ordinario y quórum especial de constitución de la Junta general.
 - La Junta general extraordinaria podrá ser convocada también cuando lo solicite, al menos, un 5 por 100 del capital desembolsado con derecho a voto.
 - El documento en el que conste el poder otorgado para asistir a la Junta general deberá llevar anexo el orden del día y las instrucciones del accionista representado.

- Se hace una detallada regulación de la materia relativa a impugnación de acuerdos sociales.
- El contenido del poder de representación de los administradores ya no viene determinado, como en la actual normativa, por el objeto social, sino que la sociedad quedará obligada por los actos de aquéllos, aunque excedan del mismo, salvo que pruebe el conocimiento por los terceros de que tales actos excedían de aquél.
- Las adquisiciones de bienes a título oneroso realizadas por la sociedad dentro de los dos primeros años a partir de su constitución, deberán ser aprobadas por la Junta general siempre que su importe exceda de la décima parte del capital social.
- Los administradores no podrán ejercer su cargo por un plazo mayor de cinco años, pudiendo, sin embargo, ser reelegidos por períodos de igual duración máxima.
- Se regulan las causas de nulidad de la sociedad y sus efectos.
- Dentro de la normativa referente a la contabilidad de los empresarios se da carta de naturaleza a las cuentas anuales, que deberán ser depositadas en el Registro Mercantil.
- Se hace una detallada regulación de la fusión de sociedades, permaneciendo igual las normas referentes a la transformación, haciéndose más intensa la obligación de informar a los accionistas (son necesarios dos informes: uno por los administradores y otro por expertos independientes).
- El acuerdo de fusión debe publicarse en el *Boletín Oficial* del Registro Mercantil.
- Desaparece el derecho de separación de los accionistas en caso de fusión.
- No hay derecho de separación cuando una sociedad anónima se transforma en limitada.
- La escisión se regula por primera vez.

B) EN CUANTO A LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

- El capital no podrá ser inferior a 500.000 pesetas.
- No se podrá adoptar una denominación idéntica a la de otra sociedad preexistente (mientras que para la sociedad anónima se emplea la palabra «sustancial», para la sociedad de responsabilidad limitada se sigue diciendo «idéntica»).
- Los asientos registrales se comunicarán por el Registrador a un Registro Central, que dispondrá de un *Boletín Oficial* en el que

- se publicará un extracto de ellos. Los actos y documentos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe después de la publicación en dicho *Boletín*, salvo matices muy concretos.
- En cuanto a los actos y contratos celebrados antes de la escritura de constitución e inscripción en el Registro Mercantil hay una remisión expresa a la normativa establecida para las sociedades anónimas.
 - En cuanto a la nulidad de la sociedad también se hace esa remisión.
 - Respecto a la transmisión de participaciones sociales, se determina la no necesidad de inscripción en el Registro Mercantil. Igual se dice respecto a la prenda de la mismas, que sí se anotará en el libro registro de socios.
 - Se exigen requisitos especiales para asistir y votar en la Junta general.
 - Se crea un libro registro de socios.
 - Se matiza el concepto de órgano de administración y se hace una remisión, en cuanto a su contenido de poder, al artículo 76 de la normativa de sociedades anónimas.
 - Los administradores deberán convocar necesariamente la Junta general cuando lo solicite un número de socios que represente, al menos, la décima parte del capital social.
 - Se regula expresamente la fusión y escisión.
 - Se regulan las cuentas anuales y la distribución de beneficios.
 - Se rechaza la inscripción de participaciones sociales.

C) EN CUANTO A LAS SOCIEDADES COMANDITARIAS POR ACCIONES

- En todo lo no previsto hay una remisión general a la normativa de anónimas.
- Se regula específicamente la separación de los administradores, que necesariamente han de ser socios colectivos.
- Se considera causa de disolución el fallecimiento, cese, incapacidad o quiebra de todos los socios colectivos.

HELIODORO SÁNCHEZ RUS
Registrador Mercantil de Barcelona

JUAN PABLO RUANO BORRELLA
Registrador Mercantil de Madrid