

Pérdida del capital social y continuación de la sociedad anónima *

SUMARIO: I. *El tratamiento de las pérdidas patrimoniales en la Ley de Sociedades Anónimas*: 1. Introducción.—2. Pérdida total del capital. Planteamiento del problema.—3. Solución más simple: reducción del capital a cero y aumento correlativo.—II. *La recuperación patrimonial de la sociedad por la vía de un doble acuerdo de reducción y aumento del capital*.—4. La reducción ordinaria por pérdidas y el *quorum* de asistencia del artículo 58 de la Ley de Sociedades Anónimas.—5. La reintegración del capital y sus alternativas.—III. *La normalización de la empresa por otras vías*.—6. La continuación forzosa de la sociedad por el cauce del artículo 151 de la Ley de Sociedades Anónimas.—7. Alusión a otras alternativas eventualmente aplicables. Especial consideración del arrendamiento de la empresa.

I

1. La frecuencia con que se producen supuestos en los que la pérdida total o parcial del capital social no cierran las posibilidades de continuar la explotación de la empresa conduce en la práctica a la utilización de diversos expedientes que permiten, por unas u otras vías, la subsistencia de la sociedad. El tema, como luego se verá, puede ser contemplado desde una perspectiva preferentemente societaria o atendiendo a distintas fórmulas de gestión de la empresa. En todo caso, este estudio está limitado a un marco muy concreto: de un lado, no entra en el tratamiento concursal de la empresa en crisis, y de otro, sólo recoge algunas reflexiones inspiradas en el quehacer diario de la aplicación del Derecho, centrando la atención en algunos supuestos, como la operación de reducción-aumento del capital social, su posible reintegración, la continuación de la sociedad por decreto del Gobierno, y el

(*) Escrito para los *Estudios en homenaje al Profesor don ANTONIO POLO DÍEZ*.

arrendamiento de la empresa, que se han estimado especialmente significativos.

2. En alguna otra ocasión hemos apuntado que la reducción de capital en la sociedad anónima, casi siempre mirada con recelo, se presenta, por lo general, como una medida esporádica u ocasional, a la que se acude normalmente «para cumplir una función secundaria o instrumental respecto de una operación financiera más compleja» (1). Pocas veces esta afirmación resulta tan exacta como en los supuestos en los que la sociedad ha experimentado pérdidas patrimoniales que aminoran o hacen ilusoria totalmente la garantía legalmente atribuida a la cifra de retención que representa el capital social.

La cuantía o importancia de esas pérdidas puede, naturalmente, variar y, en lógica correspondencia con cada supuesto, son también distintos los remedios que el legislador considera necesario aplicar a fin de corregir ese desequilibrio entre capital y patrimonio. La Ley de Sociedades Anónimas contempla esa situación en dos preceptos de especial significación. De una parte, en el inciso final del artículo 99, a cuyo tenor «la reducción del capital tendrá carácter obligatorio para la sociedad cuando las pérdidas hayan disminuido su haber por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital social y hubiese transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio»; y de otro lado, en el número 3 del artículo 150, al incluir entre las causas de disolución la que se produzca «por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la tercera parte de capital social, a no ser que éste se reintegre o reduzca». No contempla la ley, sin embargo, aquellas otras hipótesis más graves en las que el aludido desequilibrio ha desembocado en la pérdida completa del capital. El tratamiento que merecen estas hipótesis hace necesaria alguna reflexión más detenida; reflexión que, lógicamente, debe iniciarse con una referencia al tema de si la pérdida completa del capital admite o no en nuestro ordenamiento alguna solución jurídica que no implique la disolución de la sociedad anónima (2).

(1) Véase Prólogo a la obra de PÉREZ DE LA CRUZ *La reducción del capital en sociedades anónimas y de responsabilidad limitada*, Zaragoza, 1973, pág. 17.

(2) Con anterioridad a la promulgación de la Ley de 17 de julio de 1951 algún autor había estimado que «en una sociedad anónima estaría justificado que la pérdida entera del capital fuese causa automática de disolución de la compañía, puesto que en esta clase de sociedades el capital es la única garantía para los terceros» (BOTER Y MAURI: *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*, Barcelona, 1947, pág. 20, y luego pág. 47, donde vuelve a insistir en esa idea). Aun reconociendo esa inequívoca función de garantía, nuestra mejor doctrina no comparte esa conclusión, rechazando, de un lado, la aplicación automática de esa causa de disolución, y estimando, de otro, la posibilidad de ciertas alternativas (reintegro del capital, transformación de la sociedad) que harían innecesario su

El mencionado artículo 150, 3, de la Ley de Sociedades Anónimas ha introducido, como es sabido, una importante modificación a lo dispuesto en el artículo 221, 2.º, del Código de Comercio, que al enumerar las causas generales de disolución de todas las sociedades mercantiles, considera como tal «la pérdida entera del capital» (3). Siguiendo el modelo de otras muchas legislaciones, conscientes de que en la sociedad anónima los acreedores no gozan de otra seguridad o garantía para el cobro de sus créditos que el patrimonio social, nuestra ley vigente ha estimado que la disolución de la sociedad anónima por consecuencia de pérdidas se puede producir antes de que esa pérdida afecte a la totalidad del capital social; será suficiente, en efecto, que las referidas pérdidas «dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la tercera parte del capital social, a no ser que éste se reintegre o se reduzca».

Las diferencias que se advierten en la formulación de la norma en uno y otro precepto no conducen, sin embargo, a la conclusión de que, cuando se produzca la pérdida entera del capital, no será posible la continuación de la sociedad. Lo que sucede es, simplemente, que la causa de disolución puede tener lugar antes de la pérdida entera del capital. Pero producida ésta, por quedar reducido el patrimonio a «una cantidad inferior a la tercera parte del capital social», la sociedad, cualquiera que sea el desequilibrio patrimonial, podrá tomar las medidas explícita o implícitamente reconocidas en nuestro ordenamiento para superar o reducir suficientemente ese desequilibrio en salvaguarda de los intereses de la sociedad y sus acreedores, y evitar los efectos propios de la disolución (4).

3. Cabe pensar en una primera posibilidad consistente en la reducción del capital a cero, con el simultáneo aumento, para evitar que la operación desemboque prácticamente en la disciplina de la disolución. Se trata de una de esas operaciones financieras complejas a las que se suele recurrir en algunas ocasiones en que, no obstante la pérdida del capital, la sociedad manifiesta posibilidades de recuperación que acon-

funcionamiento (GARRIGUES: *Tratado de Derecho Mercantil*, tomo 3, vol. I, Madrid, 1949, págs. 1204 y ss.; LANGLE: *Manual de Derecho Mercantil Español*, volumen I, Barcelona, 1950, págs. 691 y 695).

(3) Se trata de una regla característica de nuestro ordenamiento. Formulada ya en el artículo 329 del Código de SAINZ DE ANDINO pasa, por su influjo, al actual, sin que se encuentren vestigios de ella en otros textos de la época, excepto el Código de Comercio italiano, «quizá inspirado en el nuestro del 29» (GIRÓN TENA: *Derecho de Sociedades*, tomo I: *Parte General. Sociedades colectivas y comanditarias*, Madrid, 1976, pág. 625).

(4) Véase PÉREZ DE LA CRUZ: *La reducción del capital*, cit., págs. 235 y ss.

sejan la conservación de la empresa (5). En la doctrina sobre el tema —esencialmente en la italiana, que le ha dedicado particular atención— se han manifestado, no obstante, ciertas reservas acerca de la admisibilidad de esta operación de reducción-aumento. Dos son los argumentos de mayor relieve que se han ensayado en contra de su reconocimiento: de un lado, se estima que, acordada la reducción, no cabe ya decidir el aumento, por la imposibilidad de reunir el *quorum* preciso para la elevación, en razón a que el capital es nulo y no es posible pensar, por tanto, en una suma de valores efectivos; y de otro lado, se considera que en una sociedad anónima la pérdida completa del capital hace imposible la consecución del objeto social, causa por sí sola de disolución, que al operar automáticamente da nacimiento al derecho a la cuota de liquidación en favor de los socios, antes de que la sociedad pueda llegar a decidir la reducción y el aumento (6).

Esta argumentación pone, ciertamente, de relieve la existencia de obstáculos formales nada despreciables, que, de uno u otro modo, inciden sobre la configuración misma de la sociedad como técnica de organización. Nos parece, sin embargo, que las razones aducidas en contra de la operación de reducción-aumento no son insalvables, y que no sería acertado, en aras de un excesivo formalismo, sacrificar la práctica de una operación que puede facilitar la recuperación de la empresa, mejorando la posición de los acreedores, sin lesionar los derechos de los socios. En relación con el *quorum* necesario para que la junta pueda acordar válidamente el aumento de capital ha de advertirse, en efecto, que, en definitiva, se trata del mismo *quorum* que la ley exige para que se pueda adoptar el acuerdo de reducción y, eventualmente, el de disolución; y siendo esto así, es decir, si se considera que la junta está válidamente constituida para tomar estos acuerdos, hemos de estimar que lo está también para acordar el aumento de capital; en otro caso, habría que llegar a la conclusión de que la reducción del capital a cero cerraría el paso a cualquier otro acuerdo posterior, con la consecuencia

(5) La explicación de esta aparente paradoja estriba en el hecho de que los valores relevantes, a fin de constatar la pérdida del capital, son precisamente los que figuran en el balance, el cual ha de redactarse con criterios de prudencia que conducirán normalmente a que algunos elementos estén incluidos por debajo de su valor real. Si a ello se añade que existen otros elementos de difícil o imposible reflejo contable, se comprende sin más que puede existir pérdida completa del capital, sin que la sociedad carezca completamente de activo neto (véase, por todos, FERRI: *La società*, Turín, 1971, pág. 657).

(6) En relación a este último extremo, FERRI, *ob. y lug. cit.* Para la evolución general del tema en Italia con referencia a la jurisprudencia (en general, favorable) y a los argumentos de la doctrina, cfr. BONELLI-BOUNOCORE: *Casi e materiali di diritto commerciale. 1. Società per azioni*, Milán, 1976, págs. 1390 y siguientes.

necesaria de que la sociedad quedaría privada de su órgano principal (7). De otro lado, el argumento de la imposibilidad de proseguir la consecución del objeto social tampoco parece insuperable, porque en nuestro ordenamiento, como es sabido, tanto la conclusión de la empresa que constituye el objeto de la sociedad como la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social (núm. 2 del art. 150 de la ley) no son causas que provoquen *ipso iure* la disolución; y no es aventurado, por tanto, entender que la recuperación, siquiera sea parcial, de la sociedad será suficiente para mantener su funcionamiento (8).

En todo caso, no estará de más recordar que la posibilidad de reducir el capital, acordando simultáneamente un aumento, era ya conocida y practicada entre nosotros antes de la promulgación de la Ley de Sociedades Anónimas. En opinión de la doctrina, ambos acuerdos podrían adoptarse en una misma reunión de la junta extraordinaria (art. 168 del Código de Comercio), en momentos cronológicamente sucesivos, pero ligados entre sí; de este modo, uno y otro acuerdo se integran realmente en una operación única, y sus efectos jurídicos se producen, por tanto, en forma coetánea y sin solución de continuidad (9). A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, como el alemán o el suizo, que regulan la operación de reducción-aumento como una operación conjunta, la ley española vigente no hace ninguna referencia expresa a la misma. Nada se encuentra, sin embargo, en nuestro ordenamiento, que se oponga a esa doble alteración del capital social. Lo que sucederá—como pone de relieve la doctrina—es que, en defecto de una regulación expresa de este procedimiento, como una operación conjunta, la realización de tal operación habrá de ajustarse a los requisitos y formalidades previstos en la Ley de Sociedades Anónimas para la reducción y el aumento del capital (10). Con posterioridad a la publicación de la ley, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de contemplar un supuesto de esta naturaleza, en el que la reducción a cero constituía el primer paso para una transmisión en bloque del patrimonio de la sociedad a los acreedores ordinarios,

(7) Véanse más adelante otras consideraciones sobre *quorum* en relación con la reducción y el aumento.

(8) Véase ANÍBAL SÁNCHEZ: *El derecho de suscripción preferente del accionista*, Madrid, 1973, pág. 108, nota 77. Conviene señalar también que la falta de recuperación no desemboca por sí misma en la disolución porque, según ha declarado nuestro Tribunal Supremo (Sentencia de 28 de mayo de 1973), el artículo 152 exige para los supuestos de disolución comprendidos en el número 2.º del artículo 150 el acuerdo de la Junta adoptado por las mayorías ordinarias, «requisito indispensable a tenor del artículo 84» (cfr. CARRERA GIRALT: *La Ley de Sociedades Anónimas y su interpretación por el Tribunal Supremo*, Barcelona, 1976, página 570).

(9) LANGLE, *ob. cit.*, pág. 526.

(10) Véase PÉREZ DE LA CRUZ, *ob. cit.*, págs. 60 y ss., y las referencias que allí se hacen.

pero sin respetar el derecho a la cualidad de socio de los que, siendo efectivamente miembros de la sociedad, no resultaban, sin embargo, acreedores de la misma (sentencia de 16 de mayo de 1967). La sentencia no llegó a entrar en el fondo del asunto, limitándose a rechazar el recurso en razón a la falta de claridad en la convocatoria de la junta general. No es menos cierto, sin embargo, que de los considerandos de la referida sentencia no se deduce en absoluto que la opinión del Tribunal Supremo sea contraria a la viabilidad de la operación, cuando ésta no lesione los intereses y derechos individuales de los socios (11).

Es justamente este tema, es decir, el de la protección de los socios, el que plantea más serias dificultades prácticas para la realización de la operación. Todas ellas derivan de la circunstancia de que, reducido el capital a cero, las acciones no representan ninguna fracción de dicho capital y, a estos efectos, sólo permanecen vivas como títulos que incorporan el derecho de suscripción para concurrir al aumento contemporáneamente acordado. Resulta entonces que los accionistas que no quieran o no puedan ejercitar el derecho de suscripción de las nuevas acciones están condenados a perder la cualidad de socio; y es ésta una conclusión que no parece fácil de conciliar con el derecho del accionista a ser y permanecer como tal sin verse obligado a realizar nuevas aportaciones. De ahí el singular recelo con que viene siendo contemplada la operación por un amplio sector de la doctrina extranjera; y de ahí también la posición de nuestros autores al estimar que tal operación sólo será lícita o viable en aquellos supuestos en que haya sido decidida por unanimidad (12).

II

Esta dificultad se superará, sin embargo, si la reducción se hace a una cifra mínima superior a cero. De este modo se consigue, en efecto, mantener en su calidad de socios a todos los accionistas, aun cuando no ejerciten el derecho de suscripción preferente en el sucesivo aumento del capital. De otro lado, esta operación de aumento podrá hacerse en la cuantía más limitada posible para que—como pide el art. 150, 3, de la Ley de Sociedades Anónimas—el patrimonio alcance una cifra igual o superior a la tercera parte del capital social. La doble operación de reducción-aumento ofrece así las siguientes ventajas: es viable sin necesidad de un acuerdo unánime, evita el perjuicio que se causa a aquellos accionistas que no estén dispuestos a efectuar las prestaciones complemen-

(11) La referencia de la sentencia se toma de PÉREZ DE LA CRUZ, *ob. cit.*, página 237.

(12) ANÍBAL SÁNCHEZ: *El derecho de suscripción*, cit., págs. 109-110; PÉREZ DE LA CRUZ, *ob. cit.*, pág. 239.

tarias que requeriría una reintegración del capital en sentido estricto, y supera la causa de disolución por consecuencia de pérdidas mediante un ingreso de nuevos elementos patrimoniales inferior al que sería necesario en caso de acudir exclusivamente a la vía del aumento de capital (13).

4. La primera fase de esa alternativa práctica se concreta, pues, en el recurso a la reducción ordinaria por pérdidas contemplada en el artículo 99 de la Ley de Sociedades Anónimas. El inciso final de este precepto declara que la reducción «tendrá carácter obligatorio para la sociedad cuando las pérdidas hayan disminuido su haber por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital social y hubiese transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio». Este es nuestro supuesto, y ante él la primera cuestión que preocupa es la de saber si esa reducción puede acordarse con el *quorum* ordinario del artículo 51, o si, por el contrario, será necesario aquel otro refozado que contempla el artículo 58 de la Ley de Sociedades Anónimas (14).

A) La mayor parte de la doctrina no se ha planteado esta cuestión, dando por supuesto que, como en los demás casos de reducción, también en éste el acuerdo—como señala el artículo 97—deberá ser adoptado con los requisitos del artículo 84 y, por ende, con la «concurrencia de socios y de capital previstos en el artículo 58» (15). Entre los autores

(13) Véanse, *infra*, otros problemas que puede originar el aumento y la reintegración.

(14) El problema tiene importancia a la hora de juzgar la viabilidad práctica de la operación, pues a causa del valor que según vimos podía alcanzar el activo neto, no obstante la pérdida total del capital, se ha señalado con acierto que «los viejos accionistas de estas sociedades aceptarían difícilmente una reducción del capital que les privaría definitivamente de todo o parte de sus derechos sobre dichas plusvalías, en beneficio de quienes entre ellos o terceros suscribieran, sin duda a la par, las acciones nuevas representativas del aumento de capital» (cfr. BOSVIEUX, P.: *De la réduction de la valeur de l'actif net au-dessous d'un montant correspondant au quart du capital social*, Jour. des sociétés, 1974, pág. 157, nota 1). El mayor interés de este trabajo para nosotros radica en el hecho de mostrar que el legislador francés ha tenido que atenuar las soluciones previstas en el viejo artículo 241 para los supuestos en que las pérdidas excedan del capital (incluso, pues, en hipótesis en que el *activo neto es negativo*) para evitar la desaparición definitiva de sociedades que podrían disponer todavía de un efectivo potencial económico (*ob. cit.*, pág. 150). De otro lado—y salvadas las irremediables diferencias que derivan de los textos positivos—, el estudio trata de puntualizar las diversas alternativas que la reforma de 6 de enero de 1969 no coordinó debidamente y que en apariencia conducirían—como en nuestro caso—a una incompatibilidad entre las exigencias de enjugar la totalidad de las pérdidas y el mecanismo ordinario de la reducción que nunca llega a apurarla plenamente (véase todo el epígrafe B, sobre continuación de la sociedad, págs. 145 y ss., y conclusiones en páginas 160 a 162).

(15) Véase GARRIGUES en GARRIGUES-URÍA: *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, II, Madrid, 1976, pág. 346; RUBIO: *Curso de sociedades anónimas*, Madrid, 1974, pág. 490.

que han prestado una atención más específica al tema, las opiniones están, sin embargo, divididas.

En sentido favorable a la exigencia del *quorum* del artículo 58 se han pronunciado ciertamente más de un autor. Se alega, en primer lugar, que el artículo 99 de la Ley de Sociedades Anónimas, que regula la reducción por pérdidas, viene a nuestro Derecho con la clara influencia del artículo 2.446 del Código Civil italiano, pero sin el desarrollo técnico que tiene en aquel ordenamiento; y se estima, en consecuencia, que frente al sistema italiano, en el que expresamente se declara que la reducción por pérdidas la acuerda la junta general que aprueba el balance, sin ningún requisito de *quorum* especial, en nuestro ordenamiento falta esa previsión, y, en consecuencia, ha de considerarse necesario el *quorum* reforzado del artículo 58 para poder tomar el acuerdo (16). De otro lado, se señala que la aplicación de la norma general a este supuesto encuentra su base no sólo en la regla hermenéutica *ubi lex non distinguit...*, sino también en la circunstancia de que la junta no sólo habrá de acordar la reducción, sino que ha de establecer asimismo el procedimiento para llevarla a cabo, «y nada autoriza a pensar que una junta con *quorum* de asistencia diverso de los previstos en el artículo 58 de la Ley de Sociedades Anónimas pueda realizar esa determinación». Ha de advertirse, no obstante, que esta doctrina no deja de mostrar cierta vacilación al valorar los argumentos de la tesis contraria, invocando especialmente la posible aplicación analógica del Decreto-ley de 5 de febrero de 1954, que solventó, con una tercera convocatoria, sin requisitos de *quorum*, una situación similar a la presente; es decir, una situación en la que el legislador imponía también con carácter obligatorio la adopción de un acuerdo: el de adaptación de estatutos a las normas de carácter imperativo de la nueva Ley de Sociedades Anónimas (17).

B) Esta interpretación doctrinal, tal vez excesivamente condicionada por la letra de la ley, puede conducir a una solución contraria al propio sentido de la reducción por pérdidas, y debe ser, a nuestro juicio, objeto de revisión. Comencemos por señalar que la ley distingue el régimen de la reducción por pérdidas de aquel otro establecido para la reducción voluntaria. La diferencia consiste en dos notas de singular valor, ambas recogidas en el mencionado artículo 99: se advierte, de un lado, que frente a lo que sucede en la reducción voluntaria, la reducción por pérdidas lleva consigo la supresión de las garantías reconocidas en favor de los acreedores; y de otro lado, que cuando esas pérdidas exceden del porcentaje anteriormente referido, «la reducción del capital tendrá ca-

(16) GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, 1952, pág. 568.

(17) PÉREZ DE LA CRUZ: *La reducción del capital*, cit., págs. 227 y ss.

rácter obligatorio para la sociedad». En este caso, la ley proclama de modo categórico una *obligación de reducción del capital* totalmente alejada de la mera facultad que sirve de apoyo a la llamada reducción voluntaria; y determina, con la misma claridad, el sujeto pasivo de esa obligación que no es otro que la propia sociedad.

a) Esta alteración del significado y naturaleza usual de los acuerdos sociales es decisiva para la recta comprensión del tema que examinamos. La calificación como genuinas *declaraciones de voluntad* que merecen los acuerdos sociales en la mayoría de los casos no deja dudas sobre su significación en las hipótesis de reducción voluntaria, pero choca abiertamente con la idea de una reducción *obligatoria*, en la que el papel de la junta queda limitado a constatar la pérdida y su cuantía, de tal suerte que, una vez acreditada, la reducción se actúa *ministerio legis* y no *ope socialis voluntatis*. Diríamos, en otros términos, que en nuestro caso el acuerdo se presenta como una *simple declaración de ciencia* que agota sus efectos en la apreciación de la pérdida, pero no decide en realidad la reducción, pues no parece muy correcto hablar de decisión cuando la reducción constituye para la sociedad un *acto debido*; en este sentido, los mismos defensores de la opinión contraria se ven obligados a reconocer que si la sociedad no declara la necesidad de la reducción, el acuerdo resultaría impugnabile como contrario a la ley (18).

Pero de poco serviría proclamar esa posibilidad de impugnación y el deber de los administradores de convocar la junta si la sociedad quedase exonerada de cumplir con su deber cuando no alcance el *quorum* establecido en el artículo 58. En ese caso desaparecería, en efecto, la idea de un *vinculum iuris*, el acto debido se transformaría en acto potestativo, y la norma del artículo 99, carente de eficacia y capacidad de reacción, dejaría de ser una norma imperativa en sentido estricto para convertirse en una simple norma dispositiva—o, si se prefiere, *minus quam perfecta*—susceptible de no ser atendida. Esta conclusión no respondería ni a la letra ni al espíritu de la ley; y si no queremos llegar a una violación de

(18) GARRIGUES, *ob. cit.*, pág. 350. En relación a la significación normal de los acuerdos, URÍA: *Comentario...*, cit., I, pág. 577; y admitiendo expresamente que pueden incluir simples declaraciones de ciencia o de verdad, GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades. Parte general*, cit., pág. 312. Interesa advertir que en la misma doctrina italiana se ha manifestado recientemente que a pesar de no suponer el acuerdo una declaración de voluntad debe exigirse el *quorum* de la asamblea extraordinaria; y como se teme que ello pueda transformar el mandato legal en letra muerta, se señala que si la Junta no acuerda la obligada reducción habrá de pronunciarla el Tribunal, según prescribe la propia Ley (FENGHI: *La riduzione del capitale*, Milán, 1974, págs. 75-76). Sin embargo, tal solución es rechazada entre nosotros, incluso por quienes defienden la exigencia de *quorum* reforzado (cfr. GIRÓN: *Derecho de sociedades anónimas*, cit., pág. 534).

la misma, habrá que entender que la junta queda válidamente constituida cuando se respeten simplemente los mínimos de asistencia establecidos en el artículo 51. La solución ha de ser lógicamente similar a la que consagró el legislador con carácter transitorio para resolver el tema de la adaptación de estatutos. Lo que sucede es que mientras en este caso la intervención legislativa era de esperar, y se produjo, en el nuestro no puede contarse con ella, pues el problema que examinamos no afecta a todas las sociedades anónimas, como sucedía en materia de adaptación, sino que se proyecta tan sólo sobre algunos casos singulares. En consecuencia, la solución ha de encontrarse por la vía estrictamente interpretativa.

b) La interpretación del artículo 99 aconseja tener en cuenta también sus precedentes históricos-comparativos. Ya hemos tenido ocasión de apuntar que nuestro legislador se inspiró en el artículo 2.446 del Código Civil italiano, pero sin declarar expresamente, a diferencia de lo que establece ese precepto, la posibilidad de que la junta decida la reducción sin sometimiento a especiales exigencias de *quorum* al aprobar el segundo balance deficitario. Es esta omisión la que explica que un sector de nuestra doctrina haya estimado que el régimen del supuesto es idéntico al general, sin otra particularidad que la supresión de las garantías reconocidas en otros casos a los acreedores. De este modo, la interpretación se aleja de su precedente natural para aproximarse en mayor grado a los criterios que definen la institución alemana conocida con el nombre de «reducción de capital simplificada» (*vereinfachte kapitalherabsetzung*). No ha de sorprender por ello que esta expresión haya sido utilizada, en relación a la hipótesis que nos ocupa, por quienes han defendido más claramente entre nosotros la idea ya aludida de que la única alteración que cabe apreciar en el régimen de la reducción por pérdidas es la supresión de las garantías de los acreedores (19); y en consonancia con esta interpretación que se propone para el artículo 99 de nuestra ley, se estima incluso que antes de proceder a la reducción habrá de operarse una aplicación efectiva de las reservas a la cobertura de las pérdidas (20).

Esta conclusión no parece, sin embargo, correcta. La institución alemana de la reducción simplificada sirve, en efecto, para equilibrar disminuciones de activo, para cubrir otras pérdidas o para la aplicación de sumas a la reserva legal; pero no presupone como tal, y ésta es la primera diferencia importante con nuestro artículo 99, la previa existencia de

(19) GIRÓN: *Derecho de sociedades anónimas*, cit., págs. 532 y ss.

(20) Autor y obra últimamente citados, pág. 533; en contra, PÉREZ DE LA CRUZ, *ob. cit.*, pág. 28.

un balance deficitario (21). Se explica entonces que el legislador haya arbitrado la reducción simplificada como un expediente de utilización facultativa y naturaleza voluntaria, manifestándolo así expresamente al significar que la sociedad podrá llevarla a cabo con sometimiento al *quorum* reforzado (párrafo 229 de la Ley de Acciones de 1965, que remite a las mayorías reforzadas del 222), porque en ese caso, a diferencia de lo que sucede entre nosotros con el caso contemplado en el párrafo final del artículo 99, la reducción no tiene carácter obligatorio (22).

Poco importa a estos efectos que nuestra reducción obligatoria por pérdidas coincida con la figura alemana de la reducción simplificada en la supresión de las garantías de los acreedores. Este aspecto de la cuestión sólo mira a la esfera externa, es decir, a las consecuencias del acuerdo respecto de terceros, pero no tiene ninguna trascendencia en el ámbito interno, en el que, por el contrario, las diferencias apuntadas (existencia de un balance deficitario y carácter obligatorio de la reducción) resultan decisivas para entender por qué la peculiaridad de la situación exonera de los requisitos de *quorum* a fin de garantizar en todo momento el cumplimiento del mandato legal; así lo entiende también nuestra doctrina más reciente, que, volviendo al cauce interpretativo que suministra el precedente italiano, sostiene de modo categórico que lo obligado sería que la *junta ordinaria* que por *segunda vez aprueba el balance* con pérdidas superiores a las dos terceras partes del capital, se pronuncie y resuelva acerca de su reducción (23).

c) Esta conclusión se robustece considerablemente si se contempla el artículo 99 a la luz de una interpretación sistemática. En este sentido no se puede ignorar, en efecto, la relación que existe entre el artículo 99, sobre reducción de capital «cuando las pérdidas hayan disminuido su haber por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital social, y hubiere transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio», y el número 3 del artículo 150, que contempla el supuesto de disolución «por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la tercera parte del capital social, a no ser que éste se reintegre o se reduzca» (24).

El engarce sistemático de ambas normas proporciona, en efecto, al-

(21) WÜRDINGER: *Aktien-und Konzernrecht*, Karlsruhe, 1973, pág. 192.

(22) La argumentación que intenta refutarse se refiere lógicamente a la Ley alemana de 1937, no a la de 1965 a que nosotros aludimos; pero la reducción de capital simplificada no se planteaba de manera distinta a la actual en la Ley derogada de 1937 (cfr. WEIPERT-SHILLING: *Aktiengesetz Grosskommentar*, Berlín, 1965, sub. 182 y ss., págs. 164 y ss.).

(23) VELASCO ALONSO: *La Ley de Sociedades Anónimas. Anotaciones y concordancias*, Madrid, 1976, pág. 463.

(24) Véase VELASCO ALONSO, *ob. cit.*, pág. 462.

gunas enseñanzas importantes. La relación entre ambos preceptos se produce, independientemente de otras consideraciones, porque el supuesto de reducción por pérdidas del artículo 99 es un supuesto de reducción *obligatoria*, y la causa de disolución del número 3 del artículo 150 no es una causa automática, pero sí *legal y necesaria* de disolución, a menos que el capital sea reintegrado o reducido. Pues bien: en este último caso, indudablemente más grave que el de la reducción por pérdidas, y en el que la junta no tiene tampoco otra misión que la de constatar la situación patrimonial y sacar las consecuencias oportunas, es claro, porque con esa claridad lo dice el párrafo 2.º del artículo 152 de la ley, que el acuerdo de la junta general será «adoptado por las mayorías ordinarias», esto es, como se ha venido entendiendo al comentar la ley, con el *quorum* de asistencia establecido en el artículo 51 (25). Y si esto es así, lo correcto

(25) URÍA en GARRIGUES-URÍA: *Comentario...*, cit., II, pág. 824. Aunque la expresión «adoptado por las mayorías ordinarias» puede inducir a pensar que el artículo 152 se refiere a las mayorías en la votación y no al *quorum* para la válida constitución de la Junta, no es dudoso que la expresión debe ser entendida en este último sentido. Como se ha señalado con razón, comentando el artículo 152: «En cuanto a los requisitos para la válida constitución de la Junta basta con que se reúna el *quorum* previsto por el artículo 51 de la Ley, según se trate de primera o segunda convocatoria. Esto es lo que quiere decir el artículo 152 cuando habla de acuerdo «adoptado con las mayorías ordinarias». En rigor, ninguna disposición legal exige mayorías reforzadas para la adopción de ninguna clase de acuerdos. Sólo se exige un *quorum* reforzado de asistencia si la Junta va a tratar alguno de los asuntos especificados en el artículo 58» (CÁMARA: *Estudios...*, cit., I, 2.º, página 546). El autor agrega que «la expresión legal, literalmente entendida, sólo tiene aplicación en el caso de que los estatutos, para la adopción de determinados acuerdos, exijan una mayoría superior a la mayoría de los votos emitidos legítimamente en la Junta», pero nos parece que en atención al contexto general de la Ley no es pensable que el legislador se haya querido referir a las mayorías de votación previstas en los estatutos. Adviértase que el párrafo 2.º del artículo 152, que estamos considerando, alude a la disolución por alguna de «las causas previstas en los números 2, 3 y 6 del artículo 150», justamente a aquellas causas de disolución en las que, dejando a un lado el «cumplimiento del término» que opera «de pleno derecho» (art. 150, 1, y párrafo 1.º del art. 152), la Junta puede acordar la disolución sin necesidad del *quorum* de asistencia del artículo 58, que es exigido para las causas previstas en los números 4 (fusión o absorción de la sociedad) y 5 (simple acuerdo de la Junta general) del referido artículo 152. Si se entendiera que la expresión «adoptado por las mayorías ordinarias» del párrafo 2.º del artículo 152 se refiere a las mayorías de votación, quedaría sin resolver el tema del *quorum* de asistencia en las Juntas que acuerden la disolución por alguna de las causas previstas en los números 2, 3 y 6 del artículo 150; de otro lado, si se considerara aplicable el *quorum* del artículo 58, se vaciaría, en cierto modo, de sentido el juego de estas causas, porque, en definitiva, todas ellas se reconducirían al simple «acuerdo de la Junta general», tal como se configura como causa de disolución en el número 5 del artículo 150; y finalmente no se acertaría tampoco a comprender bien por qué en los supuestos de los números 2, 3 y 6 del artículo 150 jugarían las mayorías de votación ordinarias, en tanto que para las causas previstas en los números 4 y 5 nada se habría dispuesto sobre esta cuestión. Por todo ello, parece correcto estimar que la expresión «adoptado por las mayorías ordinarias» del artículo 152 va referida al *quorum* de asistencia establecido en el artículo 51. Otra cosa

es estimar que ese mismo *quorum* será suficiente cuando se trate de una reducción obligatoria por pérdidas.

La interpretación contraria conduciría al absurdo de que, en caso de disolución, particularmente grave porque implica la desaparición posterior de la sociedad, sólo se requiere el *quorum* ordinario, en tanto que en el supuesto de reducción obligatoria por pérdidas, en todo caso menos grave, será necesario el *quorum* reforzado del artículo 58. Por todo ello, no puede sorprender que nuestra doctrina más reciente, persuadida del contrasentido a que puede conducir la solución contraria, mantenga, ciertamente, la necesidad de la junta para pronunciarse sobre la reducción, pero significando, *por analogía* a lo que la propia ley dispone para el supuesto de disolución por pérdidas, que en este caso «no debe ser necesario el *quorum* del artículo 58, y el acuerdo podrá ser adoptado con las mayorías ordinarias» (26).

d) Las consideraciones expuestas permiten estimar que tanto el carácter obligatorio de la reducción por pérdidas como la interpretación sistemática del artículo 99 de la ley conducen, a nuestro juicio, a la conclusión de que el acuerdo de reducción por pérdidas, cuando éstas sean superiores a las dos terceras partes del capital y transcurra un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio, puede ser adoptado en junta constituida con el *quorum* ordinario del artículo 51. Esta interpretación no ha de quedar enervada por la circunstancia de que la junta que pronuncie la reducción haya de determinar asimismo el procedimiento para llevarla a cabo. El tema del procedimiento, ciertamente, lleva implícita una cuestión de garantías, pero éstas no tienen nada que ver con el régimen de mayorías, sino con el régimen correspondiente a la protección de los *derechos individuales de los socios*; si éstos no se respetan, bien porque se conculca la paridad de tratamiento entre los accionistas, bien porque se lesiona el derecho de los socios a permanecer como tales, el acuerdo

es que aquella causa de disolución por pérdidas, causa legal y necesaria, se trate de paralizar acudiendo al expediente de la reducción del capital en los términos que permite el número 3 del artículo 150, porque en ese caso estaremos, en definitiva, ante una reducción *voluntaria*, y, en consecuencia, el acuerdo de reducción sólo podrá ser adoptado válidamente en Junta constituida con el *quorum* previsto en el artículo 58 de la Ley (véase en este sentido CÁMARA, *ob. cit.*, págs. 547 y siguientes).

(26) CÁMARA: *Estudios de Derecho Mercantil*, II, Madrid, 1977, pág. 183. No faltan ordenamientos que exigen que este acuerdo de reducción lo adopte la Junta extraordinaria, pero también es esa Junta la competente para ocuparse de la disolución por pérdidas (véase, por ejemplo, en Derecho francés HEMARD, TERRE y MABILAT: *Sociétés commerciales*, II, París, 1974, págs. 562-63 y 911, respectivamente). De cualquier modo, y aunque sea en sentido distinto, la unidad de criterio para el tratamiento de ambos casos se mantiene.

será nulo o impugnabile, por más que se haya adoptado con las mayorías reforzadas (27).

5. Aclarada esta cuestión, hemos de reparar ahora en el hecho de que el recurso a la reducción de capital, en la forma que acaba de apuntarse, no es bastante por sí solo para solventar el tema que nos ocupa. La simple reducción es, quizá, la solución más aconsejable cuando la pérdida deja reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la tercera parte del capital social, sin llegar a su pérdida entera o total. Decimos que puede ser el procedimiento más oportuno, porque, de una parte, el acuerdo de reducción no plantea mayores dificultades, si se acepta la interpretación que proponemos para integrar su disciplina legal (arts. 97 y 99 de la Ley de Sociedades Anónimas), y de otra, porque, en definitiva, permite superar la situación de disolución sin que los socios tengan que realizar nuevos desembolsos. Pero cuando se trata de un supuesto de pérdida entera del capital, la reducción por sí sola nada resuelve, porque cualquiera que sea la cuantía de esta reducción, siempre resultará que el patrimonio no llega a alcanzar la tercera parte de dicho capital. Si nos situamos en el caso, no del todo insólito en la práctica, de que las pérdidas resultan superiores al capital social y las reservas, es obvio, en efecto, que no podremos salir de la situación de disolución reduciendo simplemente la cifra del capital social. Para salir de ella y restablecer el equilibrio patrimonial, al menos al nivel que exige el número 3 del artículo 150 de la Ley de Sociedades Anónimas, siempre será necesario el incremento del patrimonio de la sociedad. En estos supuestos, la reducción tendrá, pues, que ir acompañada de una medida complementaria de reintegración o aumento de capital en los términos que consideramos a continuación:

A) El segundo de los cauces que nos ofrece el número 3 del artículo 150 es el de la reintegración del capital social, reintegración que al superponerse a una reducción previa constituiría la segunda fase de esa compleja operación a que venimos aludiendo. Pero, ¿qué quiere significar la ley cuando habla de «reintegración» del capital social? La doctrina señala con acierto que «reintegrar supone tanto como restablecer la integridad del patrimonio social», y esto es algo que sólo puede conseguirse

(27) A este nivel opera la doctrina general sobre el tema, en el sentido de que la competencia de la Junta general ha de detenerse ante los derechos individuales de los accionistas, derechos que no pueden ser violados por ningún acuerdo mayoritario por muy reforzado que sea el *quorum* de asistencia a la Junta (cfr. URÍA en GARRIGUES-URÍA: *Comentario...*, I, cit., págs. 573 y ss. Más particularmente, en relación al principio de paridad de tratamiento, GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades. Parte general*, cit., págs. 294-295; y por lo que toca al derecho a no ser privado de la condición de socio, véanse autores citados en nota 12).

incorporando nuevos elementos patrimoniales al activo de la sociedad sin gravar paralelamente su pasivo. El reintegro «podrá venir incluso por donación, herencia o cualquier otro título, pero normalmente habrá de correr a cargo de los propios accionistas» (28). Es esta hipótesis normal u ordinaria de reintegración por los socios la que aquí hemos de considerar. La reflexión sobre el interés que puede ofrecer para superar la causa de disolución de la sociedad plantea dos cuestiones en las que es necesario reparar:

a) La primera de ellas se refiere al hecho de que si—como sucederá en la mayoría de los casos—los estatutos no prevén la obligación del accionista de proceder a ese reintegro del capital, la junta general no podrá imponer por mayoría (ni aun con los requisitos del artículo 58 de la Ley de Sociedades Anónimas) la obligación de reintegrar a aquellos accionistas que se nieguen a ello, pues—como es sabido—el párrafo primero del artículo 85 de la misma ley es claro en el sentido de que no se pueden imponer nuevas obligaciones a los accionistas «sin la aquiescencia de los interesados» (29).

b) No nos parece, sin embargo, que exista reparo formal alguno para que ese reintegro del capital social hasta los niveles exigidos por el artículo 150, 3, para evitar la disolución de la sociedad (elevación del patrimonio social hasta una cantidad al menos igual a la tercera parte del capital) pueda ser efectuado por los socios que están interesados en mantener viva la sociedad impidiendo su disolución; si estos socios cuentan con la mayoría de la sociedad podrán, a nuestro juicio, tomar un acuerdo de reintegración del capital en los términos indicados, porque, en este caso, los accionistas que se nieguen a participar en la reintegración no estarán sometidos a «nuevas obligaciones». Cabe poner en duda si esa reintegración podría llevarse a cabo por accionistas que no conta-

(28) Uría en GARRIGUES-URÍA: *Comentario...*, II, cit., págs. 808-809.

(29) Autor, ob. y lug. últimamente citados, y allí otras referencias a las que puede añadirse VELASCO ALONSO (*La Ley de Sociedades Anónimas*, cit., pág. 658) y ANÍBAL SÁNCHEZ, significando este último la vinculación existente entre el referido artículo 85 y el principio general de limitación de responsabilidad, característico de la sociedad anónima (*El derecho de suscripción preferente*, cit., págs. 114-115). Como se indica en el texto, la obligación del accionista de proceder a la reintegración del capital puede ser establecida, sin embargo, en los estatutos por la vía de las prestaciones accesorias eventuales, que en este caso vendrían a cumplir la función de una «reaportación» del socio a la sociedad con una significación similar a la de las «aportaciones suplementarias» del Derecho alemán. (Sobre el tema de las prestaciones accesorias en la sociedad anónima, con especial referencia al interés que ofrece el párrafo primero del artículo 85 de la Ley de Sociedades Anónimas para su reconocimiento en nuestro Derecho, véase ANGEL ROJO: «Génesis y evolución de las prestaciones accesorias», *R. D. M.*, 1977, núm. 145, páginas 301 y ss.)

ran con la mayoría, e incluso sin necesidad de junta; pero si constituyen mayoría y toman el acuerdo en reunión de la junta general celebrada al efecto, nada parece oponerse a la voluntad social de evitar la disolución mediante el reintegro del capital efectuado por los accionistas que presen-ten su aquiescencia a ese compromiso de reintegro (30).

En este caso, las dificultades que se suscitan son de otra índole. De modo primordial radicarán en el hecho de que las cantidades «reintegradas» a la sociedad por los socios no puedan reputarse aportaciones, y no parece tampoco posible estimar que se trata de créditos de los socios a la sociedad; independientemente de otras consideraciones, hemos de convenir, en efecto, que si el legislador permite el reintegro del capital para superar aquel desequilibrio patrimonial, la estimación de las cantidades reintegradas como créditos frente a la sociedad deberían figurar en el pasivo como deudas de ésta, y no se lograría, por tanto, el incremento patrimonial deseado. Quiere decirse, pues, que las cantidades reintegradas por los socios han de ser consideradas, a nuestro juicio, como prestaciones complementarias a fondo perdido; como cantidades que pasan a integrarse en el patrimonio de la sociedad sin ninguna contraprestación personal a favor de los socios que procedieron al reintegro. Resulta así que la reintegración del capital social por una parte de los socios tiene el inconveniente de constituir para ellos una carga económica de determinadas cantidades que al integrarse en el patrimonio social beneficiará también a los accionistas que se negaron a participar en el reintegro. Si a ello se añade la posibilidad de que ese reintegro tenga el tratamiento fiscal de un acto de disposición gratuito en favor de la sociedad, será necesario ponderar debidamente las ventajas y los inconvenientes que ofrece esta vía de la reintegración del capital social por una parte de los socios para hacer salir a la sociedad de la situación de disolución en que pueda encontrarse (31).

(30) Así parece entenderlo también la escasa doctrina extranjera que se ha planteado la cuestión, advirtiendo expresamente que en ese caso sería suficiente la mayoría exigida para la Junta ordinaria (cfr. FENGHI: *La riduzione del capitale*, citado, pág. 74).

(31) La doctrina no ha reparado por lo general en tales dificultades e inconvenientes. Ese olvido no se observa únicamente en la doctrina jurídico-mercantil, sino también en la técnico-contable. En la obra de FERNÁNDEZ PEÑA, por citar sólo alguno de los estudios más conocidos entre los producidos últimamente por los cultivadores de este segundo sector, se silencia en efecto toda referencia al tema de reintegración del capital en caso de pérdidas, silencio que puede advertirse tanto al examinar el tratamiento contable de la reducción de capital y sus consecuencias fiscales, como al abordar el régimen de la disolución de la sociedad (*Sociedades mercantiles. Ejercicios y estudios jurídico-contables*, Madrid, 1970, págs. 229 y siguientes, y 459 y ss., respectivamente). Todo ello quizá sea debido al influjo de la doctrina francesa, en cuyos representantes se aprecia idéntica omisión (BATARDON-DELAISI: *Traité pratique des sociétés commerciales*, París, 1961, págs. 398 y si-

B) Las dificultades que entraña la reintegración del capital social por todos los socios en cuanto requiere el acuerdo unánime de todos ellos ha hecho pensar a la doctrina en que, para obviar este inconveniente y hacer salir a la sociedad de la situación de disolución, el procedimiento más aconsejable sería el de aumentar el capital en la medida necesaria para que con las nuevas aportaciones el patrimonio social sea superior a la tercera parte del capital (32). Como es obvio, esta solución aventaja también a la reintegración realizada sólo por una parte de los socios, pues, en el supuesto de aumento de capital, el reintegro por vía de aportación tiene su contraprestación en las acciones que se reciben, y en caso de que unos socios no hagan uso de su derecho de suscripción preferente y los excedentes no suscritos sean atribuidos a los demás socios, éstos no sufrirán el perjuicio que supone una reintegración a fondo perdido (33). El aumento de capital en la medida en que, de un lado, ofrece la compensación adecuada a los accionistas que asumen el sacrificio de incrementar con sus aportaciones el patrimonio social, y de otro, tiene un tratamiento fiscal ponderado, se presenta como el mejor modo de proceder a la reintegración del capital social en un sentido amplio, evitando los perjuicios y las dificultades que lleva consigo una estricta

guientes, y 556 y ss.); mas este último silencio resulta explicable, ya que la reintegración del capital, acogida en nuestro ordenamiento por influencia italiana, es ajena, en cambio, al ordenamiento francés (véase en la doctrina italiana últimamente SPADA: *Reintegrazione del capitale reale senza operare sul nominale*, Giur. Comm., 1978, I, págs. 36 y ss.). La cuestión ha sido estudiada desde una perspectiva más amplia en la doctrina alemana. En el Derecho alemán no sólo se encuentra la posibilidad de que en la escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada se prevean aportaciones suplementarias, que no integran el capital social (las denominadas *Nachschüsse*, arts. 26 a 28 de la GmbHG; véanse referencias de ANGEL ROJO, *ob. cit.*, págs. 279 y ss.), sino que se reconoce también en las sociedades anónimas las llamadas *freiwillige Zuzahlungen*, contempladas en el artículo 15, párrafo 2º, número 4 de la AktG de 1965, donde se establece que debe incluirse en la reserva legal el importe de los desembolsos suplementarios efectuados por los accionistas en contrapartida de un privilegio para sus acciones. En esta disposición se apoya la doctrina para afirmar que el saneamiento de la sociedad puede conseguirse a través de «desembolsos espontáneos», *con o sin* contrapartida de un privilegio. Estos desembolsos a fondo perdido aumentan el patrimonio, pero no el capital. Cuando se efectúan sin contrapartida de privilegio no tienen que incluirse en la reserva legal, sino que pueden constituir directamente una reserva facultativa (véanse MAYER-LANDRUT: *Grosskommentar AktG*, art. 1 AktG, núm. 6, página 42; C. H. BARZ, *ibid.*, art. 54 AktG, núm. 9, pág. 381). En la práctica anglo-norteamericana, la emisión de acciones sin valor nominal (no-par-value-shares) constituye, en ocasiones, expresión de estos desembolsos (véase GOWER: *The principles of modern Company Law*, Londres, 1969, pág. 124).

(32) URÍA, *ob. y lug. cit.*; GIRÓN TENA, *ob. y lug. cit.*; VELASCO ALONSO, *ob. y lug. cit.*

(33) Respecto del régimen de los «sobrantes» tras el cierre de la suscripción, véanse, entre nosotros, ANÍBAL SÁNCHEZ: *El derecho de suscripción preferente*, citad., págs. 212 y ss.

reintegración del capital social por la vía de prestaciones de los socios a fondo perdido. Por lo demás, parece correcto estimar también que, en principio, bastará realizar el aumento de capital en la medida necesaria para que el patrimonio exceda de la tercera parte del capital social; es decir, que no será necesario llegar a un pleno restablecimiento del equilibrio entre el capital y el patrimonio social (34).

a) La fórmula del aumento de capital no está en contradicción con el artículo 150, 3, de la Ley de Sociedades Anónimas. Se ha dicho, con fundamento, que si, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 99 de la misma ley, la sociedad, en caso de disminución de su haber por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital social, sólo viene obligada a reducir el capital cuando «hubiese transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio», habrá que admitir también que en el supuesto de disolución por pérdidas la sociedad tampoco vendrá obligada a disolverse, en tanto no se sepa por el resultado de un nuevo ejercicio si el patrimonio se ha recuperado o no (35). Pero en cualquier caso no es dudoso que, en el supuesto de pérdidas, el legislador cierra el paso a la disolución cuando el capital social se reintegra o se

(34) No estará de más concluir recordando que la realización de esta doble operación en la cuantía necesaria para que el patrimonio alcance una cifra igual o superior a la tercera parte del capital social y evitar así la disolución de la sociedad, no impedirá que haya que proceder a una nueva reducción si transcurre un ejercicio sin que el patrimonio se incremente en la cuantía necesaria para llegar a las dos terceras partes del capital social. El artículo 99 de la Ley de Sociedades Anónimas, anteriormente citado, es muy claro en este sentido al imponer una reducción obligatoria cuando las pérdidas disminuyan el haber por debajo de las dos terceras partes del capital social y transcurra «un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio». (En la interpretación del alcance de ese plazo, entendemos que puede abarcar *de facto* una duración superior al año cuando la pérdida se produzca antes del cierre del ejercicio, ya que se contará entonces con el plazo que media hasta ese cierre, más todo el que comprende el ejercicio siguiente, para que nazca la obligación de reducir. Cfr. en el mismo sentido y en la doctrina extranjera más reciente BOSVIEUX: *De la réduction de la valeur de l'actif*, cit., pág. 147, y FENGHI: *La riduzione del capitale*, cit., pág. 75.) De cualquier modo es oportuno hacer esta consideración porque si se estima conveniente evitar una eventual y nueva reducción deberá ponderarse la oportunidad de realizar la doble operación de reducción y aumento procediendo a una elevación del capital que sitúe el patrimonio no sólo al nivel de la tercera parte del capital, con lo que se sale de la situación de disolución, sino al nivel superior de las dos terceras partes que evitaría la necesidad de proceder a una nueva reducción si transcurre un ejercicio sin haberse recuperado el patrimonio. Se trata de algo que habrá de decidir cada sociedad a la vista de las circunstancias que en ella concurren y de la evolución o marcha de la empresa. En todo caso nada parece oponerse a que se realice inicialmente una doble operación de reducción y aumento para alcanzar un patrimonio en el más bajo nivel de la tercera parte del capital social, y proceder posteriormente a una nueva reducción, si en el siguiente ejercicio social no se logra recuperar el patrimonio hasta alcanzar—como quiere el referido art. 99—«las dos terceras partes de la cifra del capital social».

(35) URÍA, *ob. cit.*, pág. 808.

reduce, y dentro de esta amplia noción de reintegración se incluye también el ingreso de nuevos elementos patrimoniales por vía de ampliación de capital; como muy bien ha señalado la doctrina, «queda como posible que el reintegro sea obtenido mediante un aumento de capital con o sin reducción previa, con tal de que de él se obtenga la situación patrimonial superior al montante mínimo que es causa de disolución» (36). Esta es, a nuestro juicio, una interpretación coherente con la finalidad que persigue la ley en el supuesto de disolución por consecuencia de pérdidas, y ésta es también la consecuencia que se impone en una recta aplicación del principio de conservación de la empresa (37).

En su momento, al aludir a la fórmula de la reducción, tuvimos ya ocasión de indicar que en el supuesto de pérdida entera del capital, esa fórmula sólo podría ser operativa combinada con la reintegración en sentido estricto o con la ampliación de capital. Conocidos ahora los reparos que ofrece la reintegración en sentido estricto en caso de que no haya unanimidad de los socios, es decir, los perjuicios que pueden derivar para quienes efectúen esas prestaciones complementarias a fondo perdido, no es dudoso que la única vía que quedaría en pie sería la de una doble operación de reducción y aumento del capital a la que un sector de la doctrina llama también reintegración en sentido amplio.

b) Por el lado, pues, de la reducción del capital no parece existir ningún obstáculo grave para resolver la situación de crisis de la sociedad utilizando aquella compleja vía financiera de la doble operación de reducción y aumento. La reflexión sobre el tema conduce a pensar que si se procede a esa reducción del capital a una cifra simbólica y a un posterior aumento del mismo asumido por los propios socios o por elementos externos dispuestos a superar aquella situación, esa solución tendría la ventaja de mantener subsistente la sociedad, evitando que los antiguos accionistas se vieran radicalmente defraudados en sus esperanzas.

Parece oportuno hacer ahora alguna consideración especial sobre el supuesto de un aumento financiado por elementos externos, supuesto en el cual no es fácil pensar que la sociedad haya llegado a la pérdida total del capital, a no ser que ya con anterioridad los socios hayan mos-

(36) GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades anónimas*, cit., pág. 568.

(37) Sobre ese principio y sus aplicaciones en materia de disolución, véase RUBIO: «El principio de conservación de la empresa y la disolución de sociedades mercantiles en Derecho español, *R. D. P.*, 1935, págs. 288 y ss. No estará de más significar que el propio autor se ha manifestado contrario a la posibilidad de equilibrar el patrimonio en caso de pérdidas por simple aumento de capital sin haber procedido previamente a su reducción (*Curso de sociedades anónimas*, cit., página 490).

trado su desinterés o su impotencia para sacar adelante la compañía. Y si antes no han querido o no han podido resolver la situación, sería aventurado pensar que ese problema vaya a solucionarse precisamente cuando la crisis ha alcanzado su punto culminante (38). Pero es justamente en esta operación del aumento donde pueden surgir algunas dificultades insalvables. La primera de ellas pudiera ser la grave situación de desbalance o insolvencia en que se encuentra la sociedad, pues aun cuando el capital se reduzca inicialmente a una cantidad simbólica, la entidad dispuesta a prestar su ayuda asumiendo las nuevas acciones quedaría desamparada; es obvio, en efecto, que esa reducción no cubre el desequilibrio patrimonial y que en esa medida la referida entidad sufrirá las consecuencias de dicha situación. De otro lado, tampoco es posible ocultar que los viejos accionistas conservan su derecho de suscripción preferente (arts. 39 y 92 de la Ley de Sociedades Anónimas), y aunque en nuestro caso es difícil que alguno de dichos accionistas ejercitara su derecho, lo cierto es que sólo en el supuesto de que renuncien previamente al mismo (supuesto casi siempre de difícil realización práctica, salvo, quizá, en sociedades cerradas) o de que dejen transcurrir los plazos para su ejercicio, cabría pensar en que la entidad referida asumiera las acciones procedentes del aumento de capital. Lo que con todo ello queremos significar es que, independientemente de las conclusiones a que se pueda llegar en una contemplación directa o inmediata de la realidad en orden al ejercicio del derecho de suscripción preferente por los viejos accionistas, el simple aumento de capital tal como aquí se ha expuesto, no puede ser concebido como uno de los supuestos en los que no juega aquel derecho (39). Este hecho dificulta, a nuestro juicio, la posibilidad de un convenio entre la sociedad y la entidad dispuesta a la inversión sobre la base de una operación compleja en la que, al lado de las garantías que procedieran, se instrumentase un aumento de capital que habría de ser asumido por la mencionada entidad.

El tema admitiría, quizá, un planteamiento distinto si la entidad en cuestión fuese ya acreedora de la sociedad y aceptara el compromiso de canjear su crédito por acciones. Este compromiso podría comple-

(38) Se ha dicho a menudo, y no sin fundamento, que la ampliación de capital es una alternativa generalmente reservada a las sociedades prósperas, y aunque no cabe excluir radicalmente la posibilidad de su realización en circunstancias difíciles, las probabilidades de éxito de dicha operación serán tanto menores cuanto más grave resulte la crisis patrimonial de la sociedad (cfr. ANÍBAL SÁNCHEZ: *El derecho de suscripción*, cit., págs. 80 y ss.). En estos casos el recurso a los viejos socios y al propio mercado de capitales se muestran generalmente inoperantes, y sólo la asistencia externa de algún grupo financiero interesado en la posesión o control de la empresa puede contribuir a superar la crisis.

(39) Véase URÍA: *Comentario...*, cit., I, págs. 454 y ss.

tarse entonces con una posterior operación de aumento de capital, en la que la referida entidad apareciera como destinataria forzosa de las nuevas acciones en pago de su crédito, excluyendo así cualquier interferencia del derecho de preferencia de los antiguos accionistas (40). La generalidad de la doctrina está ahora de acuerdo en admitir la posibilidad de un «canje de créditos por acciones», configurándola, ya como un supuesto de compensación (41), ya de confusión (42), ya de dación en pago (43), ya de verdadera novación extintiva (44). En todo caso, lo que aquí interesa destacar es la posibilidad del canje de esos créditos por acciones procedentes del oportuno aumento de capital, como medio seguro para llevar a cabo la operación sin el obstáculo que, tanto para la configuración jurídica del convenio como para la realización del aumento, puede representar el juego del derecho de suscripción preferente de los viejos accionistas.

Pero si caminando por uno u otro cauce podría proporcionarse una solución por la vía de la reducción seguida de aumento de capital, nos encontramos, finalmente, con una dificultad práctica para asociar ambas operaciones en un solo acto; nos referimos a la necesidad de reunir una junta con el *quorum* del artículo 58 de la Ley de Sociedades Anónimas. Este problema, que según hemos apuntado no es infrecuente en hipótesis como la que nos ocupa, si bien se puede superar correctamente para el supuesto de reducción obligatoria del capital por pérdidas, constituye—de producirse—un obstáculo radicalmente insalvable para tomar el acuerdo de aumento de capital. El artículo 87 de la Ley de Sociedades Anónimas, al establecer que «todo acuerdo de elevación de la cifra de capital social que figure en los estatutos habrá de ser adoptado con los requisitos que expresa el artículo 84», no deja lugar a ninguna duda sobre la necesidad de que el acuerdo de aumento de capital se tome en junta constituida con el *quorum* reforzado de asistencia previsto en el artículo 58; solución correcta, además, si se tiene en

(40) En la práctica hemos tenido que enfrentarnos alguna vez con un problema semejante. Y en la doctrina tampoco faltan alusiones a estas hipótesis en sociedades que han perdido todo su capital, sino que incluso presentan un excedente pasivo tras la amortización íntegra del mismo. En la doctrina suiza se recuerda algún supuesto de esta naturaleza, al que se trata de buscar solución asociando al expediente de reducción simplificada una operación complementaria de aumento de capital, que la sociedad puso en marcha invitando a uno de sus acreedores a suscribir acciones por el importe total de su crédito (STEIGER: *Le droit des sociétés anonymes en Suisse*, Lausana, 1973, pág. 33, nota 62).

(41) Véase GARRIGUES en GARRIGUES-URÍA: *Comentario...*, cit., II.

(42) OLIVENCIA: «La compensación en la quiebra y el artículo 926 del Código de Comercio», *A. D. C.*, 1958, pág. 822.

(43) CÁMARA, *ob. cit.*, II, pág. 143.

(44) ANÍBAL SÁNCHEZ: *El derecho de suscripción preferente*, cit., págs. 320 y siguientes, con más amplias consideraciones sobre el tema.

cuenta que el aumento de capital en ningún caso se presenta como un acto obligatorio de la sociedad. Quiere decirse, pues, que si para superar la situación de crisis, la solución más oportuna sería la de doble operación de reducción y aumento de capital, con los acuerdos complementarios que procedan, esa fórmula sólo es posible asegurando para el aumento de capital el *quorum* reforzado de asistencia, en primera o segunda convocatoria, previsto en el artículo 58 de la Ley de Sociedades Anónimas (45).

III

La exposición anterior quedaría incompleta si no se aludiera, aunque sea brevemente, a otras posibilidades que ofrece nuestro ordenamiento en relación a la continuación de la sociedad.

6. Acabamos de referirnos al riesgo de disolución que corre la sociedad ante las dificultades que se ofrecen a la doble operación de reducción y aumento de capital. Ese riesgo podría conjurarse si en el supuesto de pérdida del capital se dieran las circunstancias establecidas en el artículo 151 de la Ley de Sociedades Anónimas. Como es sabido, ese precepto dispone que, no obstante la existencia de una causa de disolución, «cuando el Gobierno, a instancia de accionistas que representen, al menos, la quinta parte del capital social desembolsado o del personal de la empresa, juzgase conveniente *para la economía nacional o para el interés social* la continuación de la sociedad, podrá acordarlo así por decreto, en que se concretará la forma en que ésta habrá de subsistir y las compensaciones que, al ser expropiados en su derecho, han de recibir los accionistas»; y agrega en su párrafo final: «En todo caso, el decreto reservará a los accionistas, reunidos en junta general, el derecho a prorrogar la vida de la sociedad y continuar la explotación de la empresa, siempre que el acuerdo se adopte dentro del plazo de tres meses a contar de la publicación del decreto.»

Esta última fórmula podría resultar particularmente oportuna. La

(45) Queda aún por hacer una consideración de cierta importancia. Nos referimos al hecho de que encontrándose la sociedad en una situación económica absolutamente irregular, que encaja con toda claridad en el supuesto de disolución contemplado en el número 3.º del artículo 150, en tanto se regularice su situación «cualquier accionista podrá requerir a los administradores para que convoquen la Junta si a su juicio existen causas legítimas para su disolución» (art. 152, párrafo 2.º, *in fine*). No será probable, dados los intereses que concurren en nuestro caso, que tal supuesto pueda producirse, pero en una contemplación jurídica general del problema no puede ignorarse, por remota que sea (que puede no serlo a la vista de las dificultades que ensombrecen la realización del aumento o la reintegración), la posibilidad de que se produzca tal eventualidad.

doctrina está de acuerdo en que ese precepto puede entrar en juego ante cualquiera de las causas de disolución del artículo 150, y no vacila tampoco en estimar que en todos los supuestos de disolución, salvo que éste se funde en las causas especificadas en los números 4 y 5 del artículo 150, el acuerdo de la junta general de prorrogar la vida de la sociedad y continuar la explotación de la empresa podrá adoptarse con los *quorum* ordinarios de asistencia del artículo 51, que son, en definitiva, los que rigen para tomar el acuerdo de disolución conforme al artículo 152 (46). Siendo esto así, no es dudoso tampoco que en el supuesto que nos ocupa esta vía podría proporcionar una solución para continuar la vida de la sociedad, y continuarla con un acuerdo que no requeriría el *quorum* reforzado del artículo 58. Es de advertir, no obstante, que la fórmula no deja de plantear otras dificultades.

A) Sólo puede entrar en juego mediante instancia de los accionistas que representen, al menos, la quinta parte del capital social desembolsado, lo que será o no será posible en cada caso concreto en función de la actitud e interés que los socios manifiesten respecto de la sociedad y la composición integrada o dispersa de su capital. En esa instancia se ha de demostrar que la continuación o conservación de la empresa se justifica por ser *conveniente para la economía nacional o para el interés social*, motivaciones que traducen con suficiente claridad el propósito del legislador de dar preferencia a las razones sociales o de interés económico general que aconsejen el mantenimiento de la empresa, frente a los puros intereses de orden privado que se opongan o dificulten su conservación. Pero no se puede olvidar que esta estimación del interés económico o social corresponde al Gobierno, de modo que la solución depende siempre de la posición que éste tome en relación a los fines específicos perseguidos por cada sociedad.

B) En segundo lugar, ha de advertirse también que esta solución mediante acuerdo en junta sólo es posible con un previo decreto en el que ha de concretarse la forma en que la empresa habría de subsistir y las oportunas compensaciones a los accionistas. Sólo después de dictarse el decreto podrían los socios tomar el acuerdo en los términos indicados y continuar por sí mismos la explotación de la empresa. La previa publicación de este decreto plantea, de un lado, la dificultad que supone lograr que el Gobierno dicte una disposición en la que deberá concretar la forma en que la sociedad habrá de subsistir y las compensaciones oportunas a los accionistas, y de otro, la necesaria publicidad que habrá que dar a la situación de la sociedad para hacer posible ese procedimiento de supe-

(46) URÍA en GARRIGUES-URÍA: *Comentario...*, cit., II, pág. 818; VELASCO ALONSO: *La Ley de Sociedades Anónimas*, cit., pág. 664.

ración de la crisis. El mismo hecho de que la fórmula del artículo 151 no se haya aplicado mínimamente (47) es muy desalentador a la hora de pensar en esa solución, que tendría, en muchos casos, la indudable ventaja

(47) La fórmula del artículo 151 no ha constituido hasta ahora más que una muestra especialmente significativa de la preocupación del legislador de 1951 por la conservación de la empresa, cuando el interés de la economía nacional o el interés social así lo aconsejan. En la práctica, esa norma sobre la intervención del Gobierno en la vida interna de la sociedad anónima no ha tenido, en efecto, la aplicación que era de esperar. En algunos supuestos de empresas en crisis de ciertas dimensiones, el Gobierno ha seguido la vía, aunque haya sido en forma muy excepcional, de la Ley de 1 de septiembre de 1939 sobre intervención de empresas mercantiles. En esta misma línea se inscribe, aunque desde la perspectiva de la administración judicial, el Decreto-ley de 20 de octubre de 1969 sobre administración judicial de empresas embargadas. Toda esta materia está ahora sujeta a la modernización técnica de nuestro ordenamiento concursal, en el que—siguiendo las orientaciones más modernas sobre la recuperación o la «reorganización» de las empresas—habrá que pensar en un procedimiento de intervención para las empresas en crisis de ciertas dimensiones que haga posible la conservación de la empresa, sin perjuicio de la «quiebra personal» del empresario o de los dirigentes de la sociedad (véanse más ampliamente Rojo: «Notas para la reforma de la legislación concursal», *R. D. M.*, 1975, núm. 138, págs. 515 y ss.; VERGEZ SÁNCHEZ: «La administración judicial de empresas embargadas», *R. D. M.*, 1978, núm. 149, págs. 293 y siguientes; JIMÉNEZ SÁNCHEZ: *Ante una posible reforma del Derecho concursal español*, Sevilla, 1978, págs. 26 y ss.; VIENT CHULIÁ: «En vísperas de la reforma del Derecho concursal español», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1978, núm. 4, págs. 936 y ss.). Es un hecho evidente que en relación con esas empresas en crisis, los procedimientos concursales, tal como se han venido entendiendo hasta ahora, pueden considerarse como «instituciones irremediabilmente superadas». De ahí la urgente necesidad de una disciplina sobre la recuperación de las referidas empresas, teniendo en cuenta los ensayos realizados en otros países, a partir de la experiencia norteamericana en tema de *corporate reorganisation*. (Para una información reciente y suficiente a los efectos que aquí interesan, véase BOSIGNORI: «Inattualità del fallimento», *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1978, núm. 5, págs. 429 y ss.) A falta de una disciplina adecuada, la realidad se impone por otras vías. En el sector bancario ésta es, en definitiva, la razón que ha determinado la creación de la «Corporación Bancaria, S. A.», constituida—como se dice en el artículo 4 de sus estatutos—«al objeto de contribuir, en la forma más oportuna, al saneamiento del sistema bancario». De otro lado, y en forma más relevante por su significación general, no se puede silenciar el expediente utilizado últimamente bajo la cobertura de créditos concedidos por el Consejo de Ministros, actuando el Instituto de Crédito Oficial como agente financiero, para la recuperación de ciertas empresas en crisis. Este expediente, ensayado inicialmente para superar la grave crisis de la empresa siderúrgica y de bienes de equipo «Babcock & Wilcox», y posteriormente en otras empresas, hasta llegar, en lo que nos consta, a la Orden del Ministerio de Economía de 19 de octubre de 1979 sobre concesión de un crédito excepcional a «La Farga Casanova, S. A.», dedicada esencialmente a la forja y estampación de metales, consiste fundamentalmente en la formulación y aprobación de un programa de saneamiento, asumido con el sacrificio de contrapartidas sustanciales por parte de todos los intereses afectados (accionistas, acreedores, trabajadores, compromisos de producción y modernización de la empresa, y en base a todo ello, concesión de un crédito excepcional al amparo del artículo 37 de la Ley de 19 de junio de 1971 sobre organización y régimen del crédito oficial). Se pretende instrumentar así un expediente de saneamiento y salvación de las empresas que evite, hasta donde sea

de facilitar la continuación de la sociedad mediante un acuerdo tomado con las asistencias ordinarias del artículo 51, y que podría apoyarse en un convenio con la entidad o entidades dispuestas a prestar la colaboración económica o financiera que resulte precisa para asegurar la subsistencia y recuperación de la sociedad.

7. Las soluciones expuestas hasta este momento para lograr una salida de la crisis mantienen la vida de la sociedad con la esperanza de un desarrollo posterior que permita la recuperación de su patrimonio, sin mengua de la posición de los accionistas. Pero, dadas las dificultades que, como hemos visto, pueden encontrarse siguiendo esas vías, parece aconsejable una última reflexión sobre las fórmulas que pueden ensayarse partiendo de otras premisas. En unos casos, esas fórmulas se mueven todavía de modo preferente en el plano de la sociedad; en otros, la solución trasciende al ámbito social para penetrar de uno u otro modo en el plano de la empresa. No es posible ahora entrar en el análisis detallado de esas alternativas, que no sólo exceden los límites impuestos a este trabajo, sino que nos sitúan ante una problemática que merecería por sí sola un tratamiento específico. Nuestro estudio quedaría incompleto, sin embargo, si no indicáramos, al menos, cuáles son esas alternativas.

A) Dentro de la primera dirección, es decir, de solución de la crisis ateniéndose exclusivamente a fórmulas de índole económica susceptibles de articularse desde una perspectiva preferentemente societaria, se puede pensar en una de estas dos vías: bien la venta de acciones con la cobertura patrimonial oportuna en favor del comprador—normalmente, una sociedad—dispuesto a prestar su colaboración, bien la disolución de la sociedad en crisis con cesión en bloque de activo y pasivo a la mencionada entidad colaboradora. En relación con la primera solución la práctica conoce no pocos supuestos de sociedades anónimas en situación de desbalance que logran salir de esa situación mediante un convenio de venta de acciones por un valor simbólico, y en el que los viejos socios

posible, la fórmula que se venía utilizando de incorporación al Instituto Nacional de Industria (INI). Se trata, como se advierte fácilmente, de un expediente que ha venido impuesto por las exigencias de la realidad, ante la necesidad de salvaguardar el interés de la economía nacional y el interés social en la conservación de la estructura empresarial. No parece menos cierto, sin embargo, que, con independencia de las dificultades de financiación que puede encontrar la fórmula si se incrementa el número de empresas de ciertas dimensiones en situación de crisis, ese expediente de urgencia, arbitrado por la vía de una orden ministerial, plantea tales problemas en orden al cumplimiento de las obligaciones asumidas, gestión de la empresa, seguimiento del programa de saneamiento e incidencia en los procedimientos concursales, que no parece posible ni recomendable aplazar por más tiempo la formulación de una disciplina general sobre recuperación de empresas en crisis.

por razones de índole muy diversa, están dispuestos a asegurar el pago de las deudas pendientes para impedir la quiebra (48). Esta venta de las acciones por un precio simbólico se conecta frecuentemente con una cláusula de reserva sobre el precio definitivo de las acciones, cuya fijación se confía en calidad de árbitros a personas cualificadas por su especialización jurídica o en el campo de la auditoría de empresas (es frecuente también la instrumentalización de una auditoría previa y la posterior decisión por arbitradores), que en atención a las circunstancias del caso resuelven sobre la valoración del patrimonio social y el precio que ha de asignarse a las acciones (48 bis).

La segunda de las alternativas propuestas, es decir, la disolución de la sociedad en crisis con cesión en bloque del activo y el pasivo, conducirá con frecuencia a la extinción de la sociedad, y, en consecuencia, se presenta, más que como una fórmula de continuación de la sociedad, como un expediente para asegurar la continuación de la empresa por otra sociedad. En todo caso, no parece dudoso que la junta podrá tomar el acuerdo de disolución por pérdida del capital social sin someterse al *quorum* del artículo 58. Como ya tuvimos ocasión de indicar, el párrafo 2.º del artículo 152 es muy claro en el sentido de que la disolución, cuando concurren las causas previstas en los números 2, 3 y 6 del artículo 150, «requerirá acuerdo de la junta general adoptado con las mayorías ordinarias», y la doctrina no pone en duda que con esa expresión se hace referencia a las mayorías de asistencia previstas en el artículo 51 de la ley. Esas mismas mayorías serán suficientes para que la junta pueda proceder a la designación de los liquidadores (art. 156). Las dificultades que pue-

(48) El tema desborda parcialmente el Derecho de sociedades para aproximarse a la disciplina del concurso. Bajo este último aspecto no estará de más añadir que algunos ordenamientos (y no ya simplemente la práctica) conocen otras fórmulas dirigidas a superar la crisis y a facilitar la continuación de la sociedad mediante el expediente de renuncia y modificaciones del rango de los créditos cuando los acreedores principales (a la vez accionistas mayoritarios) se avienen a esa postergación para salvar la sociedad. Así sucede, por ejemplo, con la institución suiza del denominado *Rangrücktritt* (véanse DUSS: «Rangrücktritt des Gläubigers bei Überschuldung einer Aktiengesellschaft», en *SAG*, 1972, págs. 1 y ss.; IDEM: «Gedanken zu einem Rangrücktritt der Gläubigers bei Überschuldung einer Aktiengesellschaft nach schweizerischen Recht», en *Die Aktiengesellschaft*, 1974, págs. 133 y siguientes; HERGER: «Das Zurücktreten mit Forderungen bei Überschuldung der Aktiengesellschaft», *ibidem*, págs. 137 y ss.

(48 bis) La posibilidad de que el activo sea inferior al pasivo no permite instrumentar la operación como una simple venta de acciones. Si por circunstancias ajenas a las propias posibilidades que ofrece la limitación de responsabilidad de los socios, éstos están dispuestos a cubrir la insuficiencia patrimonial con unas u otras fórmulas, habrá que entender que la venta de las acciones por un precio simbólico se complementa con otros pactos de cobertura o garantía, en virtud de los cuales los socios asumen el compromiso de restablecer el equilibrio patrimonial hasta los límites impuestos por aquel precio dado inicialmente a las acciones.

den encontrarse aquí son de otra índole; esencialmente, la necesidad de que la operación sea autorizada por los estatutos o por la junta general, y la posibilidad de oposición por parte de los acreedores. La doctrina dominante está de acuerdo en que la cesión global del patrimonio activo y pasivo excede de las facultades que la ley confiere a los liquidadores en el número 4 del artículo 160 de la ley, siendo necesario, por tanto, que la enajenación en bloque sea autorizada por acuerdo de la junta (49); es más, en opinión de algunos autores, la asimilación del supuesto a la fusión (art. 155 de la ley) conduce en este caso a la afirmación de que la junta que acuerde la cesión global del activo y el pasivo requerirá para su válida constitución el *quorum* de asistencia del artículo 58 (50). De otro lado, la operación sólo podrá llevarse a efecto contando con el consentimiento de los acreedores, pues ya por virtud de lo dispuesto en el artículo 1.205 del Código Civil, ya por aplicación del artículo 145 de la Ley de Sociedades Anónimas, como será procedente si se asimila al supuesto de fusión, la cesión global habrá de contar con aquel consentimiento o respetar el derecho de oposición reconocido en el mencionado artículo 145 a los acreedores en caso de fusión (51). Lo que sucede, en definitiva, es que, tanto en una como en otra de las soluciones referidas, nos encontramos con los problemas que suscita en nuestro ordenamiento el régimen de las llamadas «fusiones impropias» (52).

B) Cabe pensar, finalmente—como antes decíamos—en fórmulas de gestión de la empresa que, manteniendo la subsistencia de la sociedad, permitan abrigar esperanzas acerca de su normalización, con la consiguiente ventaja para los propios accionistas. También aquí las fórmulas pueden ser variadas, pero quizá la imagen que se desea ofrecer tenga expresión suficiente en estas dos posibilidades extremas: designación de la sociedad que está dispuesta a colaborar en la normalización de la que se encuentra en crisis, como administrador de esta última sociedad, y contrato de arrendamiento de empresa por parte de la compañía en crisis en favor de aquella sociedad colaboradora. En uno y otro caso se trata de técnicas de afiliación entre empresas o, si se prefiere, de métodos frecuentemente seguidos en la constitución de grupos de sociedades.

En los supuestos de pérdida de capital que aquí contemplamos, la primera fórmula tiene muy escasa viabilidad. Las dificultades que lógica-

(49) Véase URÍA: *Comentario...*, cit., II, págs. 871 y ss.; CÁMARA, *ob. cit.*, II, páginas 620.

(50) CÁMARA, *ob. cit.*, pág. 671.

(51) Véase más ampliamente CÁMARA, *ob. cit.*, págs. 670 y ss.

(52) Cfr. VICENT CHULIÁ: «La fusión propia y las fusiones impropias en el Derecho español», en *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, III, Madrid, 1971, págs. 481 y ss.

mente se encontrarán para conectar el desplazamiento de la gestión social con una financiación suficiente para sacar a la sociedad de su situación de crisis, reducen, en efecto, el interés práctico de esta vía de recuperación, aunque su licitud no parece, ciertamente, ofrecer duda en nuestro ordenamiento (53). Distintas son las cuestiones que suscita la segunda de las fórmulas enunciadas, en la que, con independencia de los problemas de carácter general que suscita el arrendamiento de empresa en nuestro Derecho (54), habrá que tener en cuenta los que específicamente plantea la celebración de este contrato cuando la titularidad de la empresa arrendada corresponde a una sociedad anónima. El estudio riguroso de esta cuestión exigiría una amplia consideración de los temas relativos a la capacidad de la sociedad, la competencia de los órganos sociales y el cambio de objeto, que desbordan notoriamente los límites de este trabajo. Parece oportuno, no obstante, cerrar nuestra exposición con algunas reflexiones apoyadas en la estimable elaboración que han tenido estos temas en nuestra doctrina y jurisprudencia más reciente, y su aplicación al supuesto del arrendamiento de la empresa (55).

a) En materia de capacidad de la sociedad como persona jurídica, las dudas que suscita la interpretación de los preceptos nada precisos de

(53) La circunstancia de que la entidad colaboradora sea una persona jurídica no sería obstáculo para conferirle la administración de la sociedad en crisis, pues, frente a lo que sucede en otros ordenamientos, la doctrina española se inclina hacia la posibilidad de que la condición de administrador recaiga en una persona jurídica, atendiendo al hecho de que el Anteproyecto de la Ley de Sociedades Anónimas recogía la prohibición y fue suprimida en el texto definitivo del artículo 82 (GARRIGUES en GARRIGUES-URÍA, *ob. cit.*, II, págs. 202 y ss.; RUBIO: *Curso*, cit., página 282; POLO SÁNCHEZ: «El ejercicio del cargo de administrador de la sociedad anónima por las personas jurídicas», *R. D. M.* (98), 1965, págs. 230 y ss.; en contra, aunque sin dejar de manifestar sus dudas, GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades anónimas*, págs. 351 y ss.).

(54) Véanse MOTOS GUIRAO: «El arrendamiento de empresa», en *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, I, Madrid, 1971, págs. 481 y ss.; BROSETA: «El arrendamiento de empresa», en *Problemática jurídica actual de la empresa*, Valencia, 1965, págs. 75 y ss.

(55) Para un desarrollo más amplio con referencia a las distintas posiciones doctrinales y a la orientación de la jurisprudencia, véanse, entre otros, los trabajos más recientes de CÁMARA: «Representación de sociedades mercantiles», *R. D. N.*, 1967, núms. LVII-LVIII, págs. 223 y ss.; FAUS ESTEVE, MARTÍNEZ SARRIÓN y PRADA GONZÁLEZ: *El poder de representación en las sociedades anónimas*, IX Congreso Internacional del Notariado Latino, 1967; JIMÉNEZ ASEÑO: «Sociedades mercantiles. Su capacidad jurídica. Administradores de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada. Facultades y limitaciones», *R. D. M.*, 1968, págs. 613 y siguientes; LA VILLA: «Oggetto sociale e poteri di rappresentanza nelle società su capitali, con particolare riguardo alle società spagnole», *Riv. Dir. Comm.*, 1972, páginas 108 y ss.; GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades*, I, Madrid, 1976, págs. 203 y siguientes; ESTEBAN VELASCO: «La representación de la sociedad frente a terceros», en *Estudios y textos de Derecho de sociedades de la Comunidad Económica Europea*, Madrid, 1978, págs. 253 y ss.

nuestro Código Civil (arts. 36, 37 y 38), parecen resueltas por la jurisprudencia (sent. de 5 de noviembre de 1959 y res. de la D. G. R. N. de 16 de octubre de 1962 y 2 de febrero de 1966) y la doctrina más moderna en el sentido de afirmar la existencia de una capacidad general de la sociedad. Esta interpretación, que no está, ciertamente, libre de reparos, es, a nuestro juicio, una interpretación progresiva, admisible dentro de la insuficiencia o ambigüedad de aquellos preceptos del Código Civil, y sitúa a nuestro ordenamiento en una posición intermedia entre los sistemas de *capacidad especial*, en los que el objeto social cumple rigurosamente una función limitativa de la capacidad jurídica de la sociedad (doctrina de *ultra vires* del Derecho inglés tradicional), y los sistemas de *capacidad general* en los que el objeto social no constituye más que un puro límite interno a efectos de la responsabilidad de los administradores, que ni siquiera opera, por tanto, como límite del poder de representación de los órganos sociales (sistema alemán). En el conflicto entre el interés de los socios, más protegidos por la capacidad especial (con independencia de las razones de carácter público que explican el origen del sistema) y los intereses del tráfico, salvaguardados a ultranza con la afirmación de una capacidad general que se extiende al funcionamiento de los órganos de representación en el sentido de entender que, frente a terceros, su apoderamiento es ilimitado, la disciplina consagrada en nuestras Leyes de Sociedades Anónimas (art. 76) y de Responsabilidad Limitada (art. 11), permite incluir a nuestro ordenamiento entre aquellos sistemas inspirados en una posición ecléctica o intermedia, en los que se acoge la doctrina de la capacidad general de la sociedad como persona jurídica, pero se atienda la protección a los terceros, disponiendo que el objeto social funciona como límite de los poderes de representación de los órganos de administración.

Esta solución, que cuenta, ciertamente, con notables variantes al concretarse en los distintos ordenamientos que se inspiran en ella, pretende dar una respuesta equilibrada al conflicto de intereses entre los socios y los terceros, tal como se manifiesta en el tratamiento que merecen los actos ajenos y los actos incluidos dentro del objeto social. La capacidad general de la sociedad permite afirmar que, en el caso de los actos ajenos al objeto social realizados por los órganos de representación, no estamos ante un supuesto de incapacidad, que los haría nulos, sino ante una insuficiencia de poder que acarrea, a mi juicio, la ineficacia del acto, sin perjuicio de la posterior ratificación por la sociedad (56). De otro lado,

(56) El tema de la ineficacia o la anulabilidad del acto es muy discutido. La discusión se ha generado en buena parte por las dudas que se suscitan entre los actos que caen ostensiblemente fuera del objeto social (insuficiencia de poder e ineficacia) y los actos «neutros» en el sentido de que hacen posible el cumpli-

en relación con los actos incluidos en el objeto social, el contenido legal del apoderamiento opera con plena eficacia frente a terceros, de tal suerte que cualquier limitación derivada de cláusulas estatutarias o de acuerdos de órganos competentes que impliquen alguna restricción a ese contenido del apoderamiento podrá afectar al ámbito interno de la responsabilidad del órgano que infrinja los límites impuestos a sus facultades, pero no a la validez del acto y, en consecuencia, a la vinculación de la sociedad, frente a los terceros de buena fe, amparados por la rigidez legal de la ilimitabilidad de facultades en «todos los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa» (art. 76 de la L. S. A.).

Por este lado, el tema se desplaza a la interpretación que merece esta expresión del «giro o tráfico de la empresa», cuestión que también ha suscitado y sigue suscitando muchas dudas entre nuestros autores (57). Aun cuando no faltan argumentos para la interpretación restrictiva de esta expresión, en el sentido de reducir su alcance a los actos que con-

miento del objeto social aunque directamente no lo realicen (abuso de poder y anulabilidad). Esta discusión puede incrementarse ahora con la distinción entre los actos claramente extraños al objeto social delimitado con toda precisión en los estatutos (inoponibles a la sociedad) y actos que aun siendo extraños al objeto social se generan en sociedades con una formulación general o imprecisa de dicho objeto, en cuyo caso—siguiendo la orientación de algunos ordenamientos acogida en el Derecho comunitario europeo—procede la tutela del tercero de buena fe (validez del acto y vinculación de la sociedad). Aun reconociendo el mérito de estos esfuerzos y el interés que puede tener en algunos casos una interpretación progresiva que nos acerque al Derecho comunitario, no parece fácil, dado el estado actual de nuestro ordenamiento, introducir un *tertius genus* (actos «neutros» o actos extraños al objeto social en los que debe ser amparado el tercero de buena fe) en el tratamiento de los actos extraños al objeto social. La determinación del objeto como un requisito necesario, con independencia de su mayor o menor amplitud (véanse para este tema BROSETA: «Cambio de objeto y ampliación de operaciones sociales en la Ley española de Sociedades Anónimas», en *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, I, Madrid, 1971, págs. 58 y ss.; CÁMARA: *Estudios...*, cit., I, págs. 600 y siguientes; GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades*, cit., pág. 211), no resuelve ciertamente todos los problemas de calificación que la práctica ofrece, pero la formulación positiva de las normas sobre representación de los órganos sociales en nuestras leyes de sociedades y la misma orientación a que responden hacen difícilmente franqueable una interpretación que introduzca la vinculación de la sociedad por actos que excedan del «giro o tráfico de la empresa». Otra cosa es, a mi juicio, que para una adecuación progresiva del sistema a los intereses del tráfico sea posible y aconsejable una interpretación amplia de esta expresión en la que se incluyan no sólo los actos que hacen una referencia inmediata al objeto como actividad a desarrollar por la empresa, sino también aquellos otros que indirectamente son necesarios para el normal desarrollo de dicha actividad (para una exposición suficiente de las distintas posiciones y un valioso esfuerzo interpretativo, véase ESTEBAN VELASCO, *ob. cit.*, págs. 327 y ss.). En atención a estas consideraciones estimamos que la realización de actos extraños al «giro o tráfico de la empresa» así entendido deben ser calificados como supuestos de insuficiencia de poder y, por tanto, como actos ineficaces frente a la sociedad.

(57) Para una exposición reciente de las distintas posiciones, véase ESTEBAN VELASCO, *ob. cit.*, págs. 324 y ss.

curren *directamente* a la realización del objeto social, nos parece que nada se opone a configurar la noción «asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa» como referida a todos los actos que, de modo mediato o inmediato, están conectados con el desarrollo del objeto social (58). Esta identificación entre «giro o tráfico de la empresa» y «objeto social» para delimitar el ámbito de la representación orgánica de las sociedades, permite acomodar nuestro sistema al criterio que prevalece en los ordenamientos europeos más modernos, y resuelve en forma más satisfactoria la función de protección a los terceros que están llamados a cumplir las normas sobre representación orgánica en el Derecho de sociedades. Con arreglo a este criterio, hemos de considerar, pues, como «asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa» no sólo los actos que van referidos *directamente* al desarrollo de la actividad en que consiste el objeto social, sino también aquellos otros actos complementarios que *indirectamente* estén conectados con la realización de dicho objeto; en otros términos, actos que estén destinados al desarrollo del sector económico elegido para el cumplimiento del fin social, y que presentan, por tanto, una relación de instrumentalidad con el objeto social (compra o arrendamiento de un local para la instalación de las oficinas de la sociedad, adquisición de una fábrica para la elaboración de sus productos, la obtención de un préstamo para la financiación de su actividad, etc.). De este modo se desvanecen, a nuestro juicio fundadamente, los problemas que plantea la distinción entre actos que se refieren directa o indirectamente al desarrollo del objeto social, quedando como única línea delimitadora del ámbito legal de la representación orgánica la que establece una diferenciación entre actos ajenos al objeto social y actos que, de modo mediato o inmediato, hacen referencia, y han de considerarse incluidos, en la realización de ese objeto. Y es en ese marco en el que ha de contemplarse el tema del arrendamiento de la empresa.

(58) La expresión «asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa» está inspirada—como es sabido—en la de «objetos comprendidos en el giro y tráfico del establecimiento», utilizada en el artículo 286 del Código de Comercio para definir el ámbito legal del apoderamiento del factor notorio. Este traslado de la fórmula explica la prolongación de la discusión sobre su alcance al interpretar los artículos 76 y 11 de las Leyes de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada; discusión que se hubiera resuelto, y es de esperar que así suceda cuando se proceda a la reforma de dichas leyes, sustituyendo aquella expresión por la referencia al objeto social. En todo caso—como tuvimos ocasión de manifestar en otra ocasión—entendemos que para el mismo acotamiento del apoderamiento del factor, tal como se define en el referido artículo 286 del Código de Comercio, la alusión a los objetos comprendidos en el giro y tráfico del establecimiento» debe ser interpretada en el sentido de incluir «todos los actos concernientes al establecimiento, es decir, tanto los actos que tienen una referencia inmediata al objeto de la empresa como aquellos otros que son necesarios para el normal desarrollo de la misma» (véase «Auxiliares del empresario», *R. D. M.*, 1959, I, pág. 283).

sociedad al plano de la simple comunidad, dirigida al mero disfrute estático del arrendamiento que arroja la explotación de los bienes inicialmente puestos en común, produciéndose, en definitiva, un supuesto de disolución anticipada (62). Esta conclusión peca quizá de un excesivo formalismo, y obstaculiza, sin suficiente justificación, el recurso al arrendamiento en aquellos supuestos en los que, como sucede en los casos de crisis de la sociedad que aquí contemplamos, se recurre a la oportuna reducción del capital y al posterior arrendamiento de la empresa, precisamente para evitar la disolución de la sociedad. Si lo que se pretende con ese arrendamiento es evitar la disolución, permitiendo el mejor ejercicio de la actividad y el cumplimiento del fin social al término o resolución del arrendamiento, parece aconsejable facilitar el recurso a una fórmula que no encuentra obstáculos legales insalvables y tiende justamente a la conservación de la empresa. Como se ha señalado, con razón, el arrendamiento, en sí y por sí, no puede interpretarse como una disolución anticipada de la sociedad (lo que conduciría a la necesidad de su liquidación), implicando tan sólo la voluntad de no ejercitar directamente la actividad social durante la duración del arriendo; en consecuencia, la sociedad sigue viva, y vivos siguen los órganos, produciéndose solamente la suspensión de la actividad social (63). El mismo hecho de que en algunos ordenamientos modernos se incluya expresamente el arrendamiento de empresa entre los supuestos de competencia reservada a la junta, muestra muy claramente la legitimidad y utilidad de una fórmula como solución compatible con la permanencia de la sociedad y que pueda facilitar la conservación y el desarrollo de la empresa.

No parecen, pues, ser éstas las dificultades que se encontrarán para proceder al arrendamiento de la empresa por parte de la sociedad. En relación con nuestro ordenamiento vigente, la discusión seguirá centrada, pues, en el tema relativo a la inclusión o no del arrendamiento de la empresa entre «los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa», como ámbito legal de la gestión y representación de los administra-

(62) Véase AULETTA: «Affitto di azienda sociale. Trasformazione di società in comunione», *For. Ital.*, 1948, I, págs. 351 y ss.; ZANELLI: *La nozione di oggetto sociale*, Milán, 1962, pág. 281, nota; FERRI: *Delle società*, Bolonia-Roma, 1968, página 63. Ha de advertirse no obstante que esta doctrina sobre la disolución anticipada de la sociedad va referida solamente a los casos en que el arrendamiento de la empresa se hace por una duración no inferior a la establecida para la sociedad. Pero nos parece que tampoco en estos supuestos se debe hablar de disolución anticipada, pues, independientemente de las vicisitudes que puede sufrir el arrendamiento de la empresa hasta el término de la sociedad, las razones expuestas en el texto son igualmente válidas para estimar que la disolución de la sociedad no se produce en el momento en que se concluya el arrendamiento de la empresa, sino al término de la sociedad.

(63) FERRARA: *Gli imprenditori e la società*, Milán, 1971, pág. 200, nota.

dores. Si esa expresión se refiere al objeto social, entendido como actividad a desarrollar, y en esa misma medida, como medio o instrumento para hacer posible el cumplimiento del fin económico perseguido por la sociedad, no es posible ignorar que, en caso de arrendamiento de la empresa, la sociedad arrendadora suspende, ciertamente, de modo temporal el desarrollo de la actividad propia del sector económico acotado, pero durante ese tiempo continúa cumpliendo el fin económico de la sociedad a través de una actividad distinta, que queda reducida a su actividad como sociedad arrendadora. La autonomía jurídica y económica del arrendador y el arrendatario exige dar una explicación complementaria a la *suspensión* de la actividad, originariamente desarrollada por la sociedad, durante el tiempo de duración del arrendamiento; y en este sentido, si la realidad ha de imponerse a la ficción, no es fácil eludir la modificación que el arrendamiento de la empresa introduce en la sociedad desde el punto de vista de su objeto.

La noción amplia del ámbito legal de la representación de los administradores, tal como ha sido expuesto anteriormente, no parece que pueda alterar tal conclusión. El arrendamiento de la empresa no puede ser considerado, a nuestro juicio, como un acto que está conectado indirectamente con la realización de la actividad a desarrollar en que consiste el objeto. No se produce aquí aquella relación de instrumentalidad con el objeto social a que antes aludíamos, porque no se trata de un acto destinado al desarrollo del sector económico elegido para el cumplimiento del fin social, sino, más bien, de un acto dirigido a la *suspensión* temporal de la actividad en ese sector económico, que viene a ser sustituida por la simple actividad como sociedad arrendadora (64).

(64) Es este criterio del destino del acto y la relación de instrumentalidad con la actividad a desarrollar el que, a nuestro juicio, debe prevalecer a la hora de decidir en nuestro ordenamiento si estamos ante un acto extraño al objeto social o de un acto incluido dentro de él. Habrá que estar, pues, al objeto determinado en los estatutos. Si, como sucede frecuentemente, el ámbito de la representación conferida a los administradores no incluye el arrendamiento de la empresa, estaremos ante un acto extraño al objeto social sometido al acuerdo de la Junta. No se trata entonces de un tema de limitación de facultades de los administradores dentro del objeto social, que no afecta a la validez del acto y la vinculación de la sociedad y sí sólo a la responsabilidad de dichos administradores en la esfera interna. Si el acto es extraño al objeto social se producirá, como antes decíamos, una insuficiencia de poder que acarrea la ineficacia del acto, sin perjuicio de la posterior ratificación por la sociedad (véase en este sentido la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 16 de octubre de 1964, y para un comentario de la misma y del estado de nuestra jurisprudencia sobre el tema, JIMÉNEZ ASEÑO, *ob. cit.*, págs. 613 y ss.; LA VILLA, *ob. cit.*, págs. 120 y ss.).

No se nos oculta que, determinado el sector económico propio de la actividad de la sociedad, los estatutos pueden incluir entre las facultades del órgano de administración la del arrendamiento de la empresa. En un sistema como el nuestro en el que la determinación de esfera de competencia de la Junta y del órgano de

Si se acepta este planteamiento, habrá que convenir en que, en el caso de que los estatutos de la sociedad no incluyan explícita o implícitamente la posibilidad de que los administradores puedan proceder al arrendamiento de la empresa, estaremos ante un supuesto de modificación de los estatutos que requerirá acuerdo de la junta constituida con el *quorum* especial previsto para estos casos (arts. 58 y 84 de la Ley de Sociedades Anónimas).

Más dudas suscitaría la posibilidad de ratificación del acto por la junta (o de la confirmación para los que estiman que se trata de un acto *anulable*), pues en este caso cabe, en efecto, mantener la necesidad de un acuerdo unánime de los socios en atención al interés tutelado con la delimitación del poder de los representantes por el ámbito del objeto social mencionado en los estatutos, o cabe estimar que en ese supuesto estaría justificada y sería suficiente la adopción del acuerdo en junta constituida con los requisitos previstos para la modificación de estatutos (65). Esta última solución sería, sin duda, la más operativa, pues, de un lado, no se pueden olvidar las dificultades, por no decir la imposibilidad práctica de un acuerdo unánime, sobre todo en las grandes sociedades, y de otro lado, puede resultar desmedido en relación con un solo acto no dar más alternativa que la de proceder a una modificación de estatutos con todos sus requisitos y formalidades, o la de la ratificación con acuerdo unánime. Pero nos parece que, en el marco de protección del accionista establecido por la ley para el caso de cambio de objeto (párrafo 4 del art. 85), no es fácil mantener la posibilidad de ratificación por acuerdo ordinario tomado en junta con el *quorum* de asistencia previsto para la modificación de los estatutos, si no se instrumenta o va acompañado también del derecho de separación del accionista que no haya votado a favor del acuerdo.

c) Los problemas que suscita el tema planteado, y que se reproducen en supuestos de la misma envergadura en relación con la estructura y el funcionamiento de la sociedad, aconsejan, a nuestro juicio, disi-

administración se produce—como hemos visto—con cierta ambigüedad, y en el que falta, por tanto, una precisa determinación de la competencia reservada a la junta por razón de la trascendencia o importancia de ciertos actos en la estructura de la sociedad, el tema expuesto debe contemplarse también a la luz de la doctrina del objeto social para entender, en definitiva, que el arrendamiento de la empresa implica el otorgamiento de una facultad para cumplir el fin social, ya sea mediante la realización de la actividad propia de un sector económico, ya sea mediante la sustitución temporal de esa actividad por la que es propia de una simple posición de arrendadora.

(65) Véanse en favor de una y otra posición, respectivamente, ESTEBAN VELASCO, *ob. cit.*, págs. 331 y ss., y CÁMARA: *Representación de sociedades mercantiles*, citado, págs. 244 y ss.

par las dudas en los trabajos de reforma de la ley, siguiendo aquella tendencia que predomina en el Derecho comparado más moderno (66), que, en definitiva, viene a desplazar el tema del cambio de objeto social al de la competencia de los órganos, estableciendo expresamente una distribución de competencias de los órganos de la sociedad. Esa tendencia muestra, en efecto, la conveniencia de ampliar el ámbito legal del apoderamiento del órgano de administración o dirección de la sociedad, pero reservando a la competencia de la junta, ya sea íntegramente ya sea —como parece imponerse para el arrendamiento de la empresa— por vía de autorización, aquellos actos que por su importancia o trascendencia en la vida de la sociedad o la estructura económica de la empresa deben contar con el acuerdo de este órgano fundamental de la sociedad. De este modo, no sólo se resuelven con mayor claridad los problemas de competencia de los órganos, sino que se separa convenientemente la modificación de los estatutos de otros actos, como el arrendamiento de la empresa, y se proporcionan soluciones más oportunas en orden al acuerdo de celebración o de autorización para concluir estos actos o contratos.

AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ

Catedrático de Derecho Mercantil
en la Universidad Autónoma de Madrid

(66) Véase por su especial significación el artículo 83 del Proyecto de Estatuto de la Sociedad Anónima Europea.