

La societat anònima (II)

Josep Machado Plazas

P07/03022/00393



Universitat Oberta
de Catalunya

www.uoc.edu

Índex

Introducció	5
Objectius	6
1. La modificació dels estatuts socials	7
1.1. La "corporativització" de la societat anònima i la modificació dels estatuts socials	7
1.2. Requisits legals de les modificacions estatutàries i límits de la modificació estatutària	8
1.3. L'augment del capital social	10
1.3.1. L'augment del capital social com a modificació estatutària	10
1.3.2. Les modalitats d'augment del capital social	11
1.3.3. L'augment del capital autoritzat i la delegació als administradors de l'execució de l'acord	25
1.3.4. L'execució de l'augment del capital social	28
1.3.5. La publicitat de l'acord d'ampliació de capital	30
1.4. La reducció del capital social	33
1.4.1. Funció de garantia legal i reducció del capital social	33
1.4.2. Modalitats i procediments de reducció del capital	35
1.4.3. La reducció nominal del capital social i els seus requisits legals	39
1.4.4. La reducció efectiva del capital social i el dret d'oposició com a tècnica de tutela dels creditors socials	44
1.5. La reducció i ampliació simultànies del capital social. L'"operació acordió" com a tècnica de sanejament empresarial	54
1.6. La reducció mitjançant adquisició d'accions pròpies	58
2. Les modificacions estructurals	62
2.1. Introducció	62
2.2. La transformació social	62
2.3. La fusió i escissió	64
2.4. La dissolució i la responsabilitat dels administradors pels deutes socials	69
2.5. La liquidació i extinció de la societat anònima	77
Resum	79
Autoavaluació	81

Solucionari..... 82

Bibliografia..... 83

Introducció

En aquest mòdul atenem a l'estudi de les modificacions estatutàries i estructurals de la societat anònima. La primera part es destina a una anàlisi molt detallada dels requisits i límits generals de les modificacions estatutàries, a la racionalitat del règim imposat pel legislador espanyol i també a la regulació de les operacions d'augment i reducció del capital social. Atesa la seva importància, hem cregut convenient un desenvolupament exhaustiu d'ambdues operacions societàries, i hem dedicat especial atenció a les seves modalitats segons el contravalor de l'augment. La segona part del mòdul es concentra en l'examen de les modificacions estructurals, especialment de les modalitats (transformació, fusió i escissió) i dels requisits substancials establerts en benefici dels drets dels accionistes i creditors. D'altra banda, el mòdul acaba amb unes breus consideracions sobre la dissolució i liquidació de la societat anònima, en què es dóna una especial atenció al règim de responsabilitat dels administradors pels deutes socials.

Objectius

Després de la lectura i estudi del mòdul que presentem, l'estudiant ha hagut de comprendre el següent:

1. El sentit de la necessitat d'un règim especial de modificacions estatutàries, de les tècniques de tutela especials (diferents de les del dret comú) dels accionistes i creditors socials en les modificacions estatutàries i estructurals (així, per exemple, el dret d'oposició dels creditors en les hipòtesis de reducció efectiva del capital social o en la fusió o la determinació del tipus de canvi en la societat a la fusió) i de les cauteles establertes pel legislador en la fase de liquidació i extinció de la societat.
2. Les característiques de la responsabilitat dels administradors pels deutes socials, això és, la seva naturalesa de sanció civil i la condició de l'administrador com a garant *ex lege* dels esmentats deutes socials.

1. La modificació dels estatuts socials

1.1. La "corporativització" de la societat anònima i la modificació dels estatuts socials

El nucli normatiu societari contingut en el Codi de comerç era absolutament insuficient per a atendre i satisfer les necessitats organitzatives i de finançament que exigia la gran empresa ja al començament del segle XIX. Des d'aquella data, es pot afirmar que la societat anònima es concep com la màquina jurídica del capitalisme modern (Cortés, 1985). Finançament i corporativització constitueixen dos fenòmens íntimament vinculats. La corporativització de la forma anònima exigeix, encara que parcialment, la substitució de la *voluntas* dels socis (del necessari consentiment de cada un) per un nou nucli normatiu encaminat a disciplinar l'organització. I, per això, es tendeix a concebre la societat anònima com una tècnica de finançament i d'organització. Aquestes afirmacions es comprenen des de la perspectiva en què es fonamenten les reflexions següents en ordre a les modificacions de les regles de funcionament de la societat. El principi contractualista de la immutabilitat del contracte de fundació de la societat personalista xoca frontalment amb les exigències d'adaptació de l'empresa a la realitat canviant (Cortés, 1985), en la mesura que les modificacions exigien el consentiment unànime dels socis.

En el sistema de disposicions normatives d'estructuració o organització de la societat anònima es reemplaça la regla contractual de la unanimitat per l'estatutària de la majoria, fins i tot en aquells supòsits que qualificarem com a modificacions estructurals (fusió, escissió i transformació) en què la societat pot perdre la mateixa identitat societària, encara que es reconeixen, això sí, límits que atenen a la tutela dels drets del soci, a la protecció de la minoria enfront de la majoria i a la defensa dels creditors socials.

En aquest mòdul atenem a aquest fenomen, que ja s'ha consolidat en la nostra legislació, examinant particularment les modificacions societàries més rellevants, això és, les que fan referència a la reforma estatutària del capital social i les que afecten l'estructura de la societat anònima (transformació, fusió i escissió).

Lectura complementària

Luís Javier Cortés (1985). *Funciones de la sociedad anónima: legislación y práctica española* (esp. pàg. 11 i s.). Saragossa.

1.2. Requisits legals de les modificacions estatutàries i límits de la modificació estatutària

Les modificacions estatutàries afecten les normes que regulen l'organització i funcionament de la societat. Mitjançant la modificació dels estatuts socials (bé dotant-los d'una nova redacció, bé d'una addició de nous articles o derogació d'aquests), la societat anònima adapta les seves normes a les noves necessitats.

Aquest canvi de les normes d'organització i funcionament és competència exclusiva de la Junta General de Socis (v. RDGRN de 13 de febrer de 1995, llevat, en alguna hipòtesi concreta que correspon a l'òrgan d'administració, per exemple, l'augment del capital autoritzat, v. art. 151 LSA, o el canvi de domicili social dins el mateix municipi, v. art. 149.1 i 150 LSA i art. 163 RRM) i està sotmès a una sèrie de requisits (art. 144 LSA i 158 a 173 RRM, v., amb tot, el cas no infreqüent de Junta universal art. 158.2 RRM i 99 LSA) i límits.

En primer lloc, **en la convocatòria s'han d'expressar amb la deguda claredat els extrems que s'hagin de modificar**. Així mateix, a l'anunci de la convocatòria s'ha de fer constar el dret que correspon a tots els accionistes d'examinar en el domicili social el text íntegre de la modificació proposada i de l'informe justificatiu d'aquesta, i també de sol·licitar el lliurament o la tramesa gratuïta dels esmentats documents.

En segon lloc, **la modificació s'ha de justificar**: els administradors o, si escau, els accionistes autors de la proposta, segons l'art. 100.2 LSA, han de formular un informe escrit justificatiu d'aquesta.

En tercer lloc, **l'acord s'ha d'adoptar per la Junta General de Socis** segons els quòrums i majories previstos en l'art. 103 LSA per als supòsits especials. Conseqüentment, en primera convocatòria, serà necessària la concurrència d'accionistes presents o representats que posseeixin, almenys, el cinquanta per cent del capital subscrit amb dret de vot i, en segona convocatòria, n'hi haurà prou amb la concurrència del 25% de l'esmentat capital. En cas de concórrer accionistes que representin menys del 50% del capital subscrit amb dret de vot, l'acord només es podrà adoptar amb el vot favorable dels dos terços del capital present o representat a la Junta General de Socis. Aquests quòrums i majories es poden elevar només si es preveu expressament en els estatuts socials. Finalment, l'acord de modificació dels estatuts socials s'ha d'elevar a escriptura pública (en què ha de constar la transcripció literal de la proposta de modificació i la transcripció literal de la nova redacció dels articles estatutaris), inscriure al Registre Mercantil (inscripció que no té efectes constitutius) i publicar al BORME (art. 144 LSA). La modificació només serà oposable a tercers de bona fe des de la seva publicació al BORME (art. 21.1 C. de c. i 9 RRM).

Per a determinades modificacions estatutàries, el legislador ha considerat necessari exigir, a més, que els acords s'anuncien necessàriament, amb caràcter previ a la seva inscripció, en dos diaris de gran circulació a la província o províncies respectives (art. 150.1 LSA). Es tracta de les modificacions de denominació i domicili social, i també de la substitució o qualsevol modificació de l'objecte social.

D'altra banda, la llei estableix determinats límits en tutela dels socis enfront del poder que la majoria exerceix a la Junta General de modificar els estatuts i imposar les esmentades modificacions a tots els accionistes. El límit més important és el referent a la prohibició d'imposar noves obligacions als socis sense el consentiment exprés d'aquests. Així ho expressa clarament l'art. 145.1 LSA en disposar que:

"Cualquier modificación de los estatutos que implique nuevas obligaciones para los accionistas deberá adoptarse con la aquiescencia de los interesados."

La prohibició no és sinó conseqüència d'un tipus social en què el soci limita el seu risc a l'empresa en la mesura de la aportació que fa amb caràcter voluntari (bé en el moment de fundació, bé en el de subscripció dels successius augments del capital social). Amb la mateixa lògica, s'ha de comprendre la prohibició que recull el número 2 de l'art. 145 quan s'exigeix el consentiment dels interessats afectats en la creació, modificació i extinció anticipada de l'obligació de fer prestacions accessòries. En el cas de substitució de l'objecte social (sobre el sentit que s'hagi de donar a l'expressió *substitució de l'objecte social* v. RRD-GRN d'11 de novembre de 1993 i 20 d'octubre de 1998; amb tot, aquesta causa del dret de separació és poc efectiva en la mesura que la utilització d'un objecte plural en els estatuts socials resulta freqüent a la pràctica) i trasllat del domicili social a l'estranger (aquest només és possible quan hi hagi un conveni internacional vigent a Espanya que permeti el canvi de domicili amb manteniment de la personalitat jurídica, v. art. 149.2 LSA i 20 i 160.2 RRM), la tutela dels accionistes s'amplia al reconeixement d'un dret de separació dels socis que no hagin votat a favor de l'acord (v. art. 147 i 149.2 LSA i 160 i s. RRM).

Dret de separació

L'exercici del dret de separació comporta una sèrie de conseqüències per al soci i la societat. L'accionista ha de dirigir escrit a la societat manifestant-li l'exercici del seu dret individual a separar-se en el termini d'un mes a comptar des de la publicació de l'acord al BORME. Exercit el dret amb la forma adequada i el termini legal, la societat ha de pagar a l'accionista el valor de les seves accions al preu de cotització mitjà de l'últim trimestre i, si no es cotitza en borsa i no hi ha acord entre les parts, ha de pagar el valor real d'aquestes verificat per auditor (v. art. 147.2 LSA).

El reemborsament del valor de les accions al soci que se separa origina una disminució patrimonial que pot donar lloc a la necessitat de reduir de manera efectiva el capital social (reconeixent als creditors socials el dret d'oposició ex art. 167 LSA, v. 161.2 RRM) i a l'amortització de les seves accions (art. 147.3

LSA i 162 RRM). No es fa necessària la reducció quan la societat compri les seves pròpies accions dins els límits legals (art. 75 LSA) o quan les accions les pugui adquirir un soci o un tercer.

El reconeixement d'un dret de separació resulta innecessari quan del que es tracta és d'imposar restriccions a la lliure transmissibilitat de les accions.

I, per això, en el cas de modificacions estatutàries que consisteixin a restringir o condicionar la transmissió de les accions nominatives (sotmeses, òbviament, a les regles contingudes en els art. 63 a 65 LSA), els accionistes afectats que no van votar a favor de l'acord no hi estan sotmesos durant un termini de tres mesos a comptar des de la publicació de l'acord al BORME (art. 146 LSA). D'aquesta manera, es permet als esmentats socis que transmetin lliurement les seves accions vàlidament durant un interval temporal que resulta raonable.

No s'exigeix el consentiment individual, sinó el de la majoria dels accionistes afectats quan la modificació resulta perjudicial per a una classe d'accions (art. 148 LSA i 159 RRM).

En l'esmentat cas, la modificació estatutària que lesioni directament o indirectament els drets d'una classe d'accions exigeix, a més de l'acord de la Junta General, l'aprovació, en junta especial o votació separada, per la majoria dels accionistes pertanyents a la classe afectada.

1.3. L'augment del capital social

1.3.1. L'augment del capital social com a modificació estatutària

L'augment del capital social és una modificació estatutària mitjançant la qual s'incrementa la xifra del capital, menció de constància necessària en els estatuts socials [art. 9.f) LSA].

Com a modificació estatutària, l'operació d'augment del capital social està sotmesa als requisits generals establerts per a la modificació dels estatuts socials [art. 152.1, v. especialment l'RDGRN de 19 d'agost de 1993]. Amb tot, en aquesta específica modificació estatutària no solament s'han de complir els requisits generals [art. 144, i 158 a 164 RRM], sinó sobretot una disciplina particular que tendeix a garantir en tutela dels socis i dels creditors socials la realitat i integritat del capital social (art. 151 a 162). A aquest efecte, l'augment del capital

social està subjecte a una sèrie de requisits especials de naturalesa substantiva i procedimental, el resultat formal dels quals consisteix en l'elevació de la magnitud del capital nominal.

Així mateix, i en relació amb les societats que cotitzen en borsa, i també aquelles que, sense cotitzar, acordin augmentar el capital a fi d'oferir les noves accions al públic, s'ha de tenir present un règim jurídic imperatiu addicional al societari que persegueix, bàsicament, incrementar les obligacions informatives de l'operació, destacant, especialment, l'obligació de l'emissor de registrar a la Comissió Nacional del Mercat de Valors i posar a disposició del públic un fullet informatiu en què s'inclou una informació molt detallada sobre la societat emissora i de les característiques dels valors emesos.

L'augment del capital constitueix una operació societària complexa que exigeix l'acord social adoptat per la Junta General d'Accionistes i la seva execució simultània o posterior (excepte en la hipòtesi d'augment purament nominal), després de la qual serà necessari l'atorgament de l'escriptura pública, la inscripció registral i l'oportuna publicació al BOR-ME.

En termes generals, l'acord d'augment del capital social i la seva execució s'han d'inscriure simultàniament al Registre Mercantil, excepte en el cas excepcional previst en l'article 162.2 LSA. No obstant l'exigència d'inscripció registral, aquesta té, respecte a l'augment del capital social, *efectes purament declaratius*, i l'acord social produeix efectes a l'esfera interna societat-socis des de la seva execució, un cop feta la subscripció i el consegüent desemborsament (v., això no obstant, les RDGRN de 17 d'octubre de 1991, 11 de gener, 28 de març i 17 d'abril de 1995).

1.3.2. Les modalitats d'augment del capital social

1) Classes d'augment segons el procediment d'execució

L'augment del capital social s'ha de fer necessàriament mitjançant dues tècniques procedimentals: o **emetent noves accions** o **elevant el valor nominal de les accions que ja hi ha** (art. 151.1).

La societat és lliure per a triar qualsevol de les dues modalitats, si bé l'increment del valor nominal de les accions que hi ha exigeix "el consentiment de tots els accionistes" (art. 152.2). Amb tot, aquesta exigència legal s'ha de temperar en aquells casos en què se salvaguarden els interessos dels socis tutelats per la norma que prohibeix la imposició de noves obligacions als accionistes sense la seva aquiescència (art. 145). D'una banda, aquesta regla no s'exigeix quan el contravalor de l'augment és constituït per reserves o beneficis. Quan l'augment del capital es faci íntegrament amb càrrec a reserves o beneficis, en la mesura que no s'exigirà cap aportació dels socis, decaurà la *ratio* de l'exigència del consentiment de tots els socis (art. 152.2). Hi ha altres excepcions a l'esmentada regla. Així s'esdevé quan, prenent-se un augment del capital mitjançant l'elevació

del valor nominal de les accions, es posa a disposició dels socis que no prestin el seu consentiment a aquesta fórmula un mecanisme alternatiu que empara adequadament el seu patrimoni enfront de l'operació societària projectada. Malgrat els termes de l'art. 152.2 sembla raonable admetre una excepció a la regla que exigeix el consentiment de tots els socis.

No és, de cap manera, una qüestió purament teòrica, com ho demostra el cas que es va plantejar a la Direcció General dels Registres i del Notariat, i que es va resoldre en la Resolució de 15 de novembre de 1995. En l'esmentada resolució, la Direcció General va admetre raonablement la validesa d'un acord d'augment del capital mitjançant elevació del valor nominal de les accions dels socis que van consentir això i, alhora, mitjançant l'emissió de noves accions reservades als socis que no van prestar aquest assentiment.

La instrumentació de l'operació d'augment mitjançant una mena de modalitat mixta garanteix la facultat dels accionistes d'optar entre subscriure les noves accions o alienar els seus drets de subscripció preferent.

En aquest sentit, els termes de la Resolució són clars:

"[...] nada podrá oponerse a un acuerdo de elevación del valor nominal de las acciones que tenga por objeto únicamente las que pertenecen a quienes prestan su consentimiento (con la consiguiente creación de distinta serie de acciones) siempre que además se respete el principio de proporcionalidad, es decir, que a los socios cuyas acciones permanecen inalteradas se les permita mantener su cuota de participación en el capital social o, en su caso, obtener una compensación económica por la disminución de ésta. Esta exigencia queda cumplida en casos como el presente en que se acuerda la emisión de nuevas acciones reservadas, mediante el ejercicio del derecho de suscripción preferente, a los accionistas que no hayan consentido el acuerdo de elevación del valor nominal de las acciones ya preexistentes, quienes podrán así optar por participar en el aumento realizando nuevas aportaciones o transmitir su derecho de suscripción preferente para obtener la referida compensación económica. Por otra parte, tampoco es necesario el acuerdo mayoritario de estos accionistas ya que la modificación cuestionada no supone un trato discriminatorio entre las acciones pertenecientes a la distintas series."

2) Classes d'augment del capital segons el seu contravalor

La llei, en categoritzar les diferents modalitats d'augment del capital, opta per criteris metodològics tradicionals que cobreixen les diferents finalitats que, en la practica, pot perseguir aquesta operació societària: des de la necessitat de la societat d'incrementar els seus recursos per a la realització efectiva de les activitats que constitueixen l'objecte social (o l'ampliació d'aquestes), atraient nous fons, dineraris o no, fins a l'exigència de disminuir el passiu exigible de l'entitat.

L'article 151.2 LSA admet que, al marge que s'opti pel procediment d'incrementar el valor nominal de les accions o el d'emissió de noves accions, el contravalor de l'augment del capital pot:

"Consistir tanto en nuevas aportaciones dinerarias o no dinerarias al patrimonio social, incluida la compensación de créditos contra la sociedad, como en la transformación de reservas o beneficios que ya figuraban en dicho patrimonio."

A les esmentades modalitats destina la Llei els articles 154 (**augment amb aportacions dineràries**), 155 (**augment amb aportacions no dineràries**), 156 (**augment per compensació de crèdits, incloent-hi l'augment per conversió d'obligacions en accions**) i 157 (**augment amb càrrec a reserves**), que fixen una sèrie de normes especials que pretenen evitar un deteriorament greu de la integritat i realitat del capital social.

Amb independència del procediment triat per a l'elevació del capital social i de la naturalesa del contravalor amb què es faci, el legislador reproduceix la regla general de desemborsament continguda en l'article 12 LSA: és necessari que, un cop efectuat l'augment, el valor de cada una de les accions de la societat estigui desemborsat, almenys, en un 25% (art. 152.3 i RDGRN de 31 de març de 1999). És més, en aquesta direcció, l'DGRN ha admès, en especial des de les Resolucions de 26 de març i 22 de maig de 1992, operacions d'augment del capital social mitjançant l'elevació del valor nominal de les accions existents sense necessitat que els accionistes haguessin de fer cap desemborsament, sempre que la quantia desemborsada anteriorment cobrés el 25% del valor nominal de l'acció.

a) L'augment del capital amb aportacions dineràries

La necessitat de nous recursos obliga les societats a acudir al crèdit, incrementant el passiu exigible, o, el que és més freqüent, recorrent als propis socis o tercers mitjançant una operació d'augment del capital que implica, en aquests casos, un increment dels recursos propis.

En aquest àmbit, l'operació societària més freqüent és l'*augment amb aportacions dineràries*, el tractament legal del qual es preveu en l'article 154 LSA i que se ceneix a la particularitat d'exigir com a requisit previ "el total desembolso de las acciones anteriormente emitidas". Les aportacions dineràries se sotmeten, com no podia ser d'una altra manera, a les normes referents al desemborsament del capital fundacional i a les exigències previstes en l'article 168.1 RRM, [v. també l'RDGRN de 18 de març de 1991].

En realitat, la regla del desemborsament total previ no és tal, a diferència dels termes absoluts de l'article 89 de la LSA de 1951, ja que, el mateix precepte, tot seguit, admet, d'una banda, que no és aplicable a les societats d'assegurances i, de l'altra, estableix en el seu apartat número 2 que l'augment amb aportacions dineràries es podrà fer encara que hi hagi una quantitat pendent de desemborsament que no excedeixi del 3% del capital social.

Com s'ha destacat en doctrina, aquesta manera d'operar permet d'admetre un acord d'augment del capital amb aportacions dineràries, encara que hi hagi accions aïllades o integrades en una mateixa classe, que no estiguin desemborsades íntegrament, sempre

que es respecti el 3% quant a la totalitat del capital social. En qualsevol cas, en l'escriptura pública en què es formalitzi l'acord d'augment s'haurà d'expressar que les accions emeses anteriorment es troben totalment desemborsades o, si escau, que la quantitat pendent de desemborsament no excedeix del 3% del capital social [art. 168.1 RRM 1996]. Així mateix, es pot fer l'aplicació de l'article 154 a les ampliacions mixtes, això és, aquelles que s'alliberen en part amb càrrec a reserves i en part amb diners. La raó o finalitat de la norma és clara: es tracta d'obligar la societat, en el moment que necessiti fons dineraris, que acudeixi, amb caràcter previ a un nou augment del capital, als antics accionistes i els exigeixi el desemborsament dels dividendes passius pendents [v. l'STS de 17 de febrer de 1992 i, entre d'altres, les RDGRN de 28 i 29 de juliol de 1993, de 22 de març de 1994 i 29 d'octubre de 1996]. El desemborsament previ, en les condicions assenyalades, s'exigeix tant si s'emeten noves accions com si s'adopta la modalitat d'incrementar el valor nominal de les que ja hi ha [v., aclarint qualsevol dubte, les RDGRN de 28 de juliol de 1993 i de 22 de març de 1994].

S'haurà d'acreditar davant del notari autoritzant de l'escriptura la realitat de les aportacions dineràries mitjançant exhibició i lliurament dels resguards de dipòsit a nom de la societat en una entitat de crèdit o mitjançant el seu lliurament perquè el fedatari constitueixi el dipòsit en nom de la societat (art. 40 LSA). En aquest últim cas, la constitució de sol·licitud de dipòsit es consignarà en l'escriptura i el fedatari haurà de constituir el dipòsit en una entitat de crèdit en el termini de cinc dies hàbils, i fer-ho constar, així, en l'escriptura matriu per mitjà de diligència separada [art. 132 .2 *in fine* RRM 1996].

Així mateix, en l'escriptura d'augment, el notari autoritzant donarà fe que se li ha exhibit i lliurat la certificació de dipòsit de les corresponents quantitats a nom de la societat en una entitat de crèdit, certificació que el notari ha d'incorporar a l'escriptura (art. 132 RRM). Les aportacions s'hauran de fer en la moneda nacional (art. 37 LSA), això és, en euros, que, des de l'1 de gener de 1999, succeeix sense solució de continuïtat i de manera íntegra a la pesseta com a moneda del sistema monetari nacional [v. art. 1. Ú i Dos de la Llei 46/1998, de 17 de desembre, sobre introducció de l'euro (BOE del 18, núm. 302), amb tot, la mateixa llei va preveure un període transitori de coexistència que va acabar el 31 de desembre de 2001]. Si les aportacions fossin en moneda estrangera, es necessitarà la seva equivalència a la moneda nacional segons la Llei (art. 37 LSA). Pel que fa a la utilització en les aportacions dineràries d'instruments de pagaments, lletres de canvi, xecs i pagarés, s'ha de tenir present que no tenen la naturalesa de diners en sentit tècnic, i produiran l'efecte de pagament només quan es realitzin [art. 1170.II CC, sobre aquest precepte vegeu el comentari de Paz-Ares]. Conseqüentment, no serà suficient que en la certificació expedida per l'entitat de crèdit es manifesti l'ingrés en el compte de la societat, per exemple, d'un xec o un pagaré, sinó que se n'haurà de declarar expressament l'abonament efectiu. Tampoc no hi ha inconvenient que els ingressos dineraris s'efectuïn directament a la caixa social pels qui acudeixin a l'augment i que sigui la societat la que ulteriorment ingressi les esmentades sumes a l'entitat de crèdit a l'efecte d'obtenir la certificació requerida pel fedatari públic [en aquests termes v. l'RDGRN de 29 de juny de 1993].

El mateix article 132 RRM, estableix que:

"La fecha del depósito no podrá ser anterior en más de dos meses a la de la escritura de constitución o a la del acuerdo de aumento de capital."

Aquesta exigència reglamentària [que es reitera, per a les societats limitades, en l'art. 189.1 *in fine* RRM] que té per a la pràctica societària gran transcendència en la mesura que la declaració legal constitueix un sòlid i raonable fonament per a defensar la licitud dels desemborsaments fets pels accionistes a compte d'un futur acord d'augment del capital social. Sobre l'esmentada licitud han insistit les últimes resolucions de l'DGRN de 23 de novembre de 1995, 24 de febrer de 1997 i 26 de febrer de 2000.

Lectura complementària

C. Paz-Ares (1993). *Comentario del Código civil* (II, 2a. ed., pàg. 200 i s.). Madrid: Ministerio de Justicia

Lectura complementària

R. Cabanas; J. Machado (1995). *Aumento de capital y desembolso anticipado* (monografía). Madrid: Civitas.

b) L'augment del capital amb aportacions no dineràries

Aquesta modalitat d'augment del capital social serveix, encara que no exclusivament, com a mitjà bàsic perquè la societat adquireixi béns o elements productius que li són necessaris per a la realització de les seves activitats socials.

L'article 155 recull aquesta possibilitat que el contravalor de l'augment del capital siguin aportacions no dineràries. En aquest cas, també seran aplicables a l'ampliació les normes referents a les aportacions *in natura* en el moment constitutiu de la societat (art. 36, 38, 39 i 40.2 LSA desenvolupades pels art. 133 a 135 RRM, 338 a 348 RRM, i en relació amb l'augment per l'art. 168.2 RRM), en especial, la referència a la necessitat d'un informe pericial elaborat per un o diversos experts independents.

L'exigència de l'informe de l'expert independent procedeix de la consegüent aplicació de l'article 38, encara que l'article 155 no expressi res sobre això. Segons aquell precepte, les aportacions no dineràries, qualsevol que sigui la seva naturalesa, hauran de ser objecte d'un informe elaborat per un o diversos experts independents designats pel registrador mercantil. Aquest informe que s'incorpora com a annex a l'escriptura de l'augment del capital (d'execució de l'augment, com encertadament diu l'art. 38.3) i que diposita testimoniatge notarial d'aquests al Registre Mercantil (art. 133.2 RRM) no s'exigeix que s'incorpori a la convocatòria, a diferència de l'informe dels administradors.

En qualsevol cas, a la inscripció ha de constar el nom de l'expert que hagi elaborat l'informe, les circumstàncies de la seva designació, la data d'emissió d'aquest i l'existència de diferències entre el valor atribuït per l'expert a cada un dels béns objecte d'aportació no dinerària i el que se'ls atribueixi en l'escriptura. Si el valor escripturat supera el valor atribuït als béns per l'expert en més d'un 20%, el registrador té l'obligació de denegar la inscripció (art. 133.2.2, v.).

En efecte, l'art. 155 LSA solament exigeix, com a mesura tuitiva, que els administradors posin a disposició dels socis, alhora que la convocatòria, un informe descriptiu de "las aportaciones proyectadas, las personas que hayan de efectuarlas, el número y valor nominal de las acciones que hayan de entregarse y las garantías adoptadas según la naturaleza de los bienes en que la aportación consista". No expressa res en relació amb l'informe d'experts independents.

També quan es tracti de Junta Universal preceptius l'informe dels administradors i el dels experts independents. Així, en l'informe dels administradors s'exigeix, en primer lloc, una descripció detallada de les aportacions projectades. A aquest efecte, l'art. 133 RRM (precepte al qual es remet l'art. 168.2 RRM) requereix la descripció en l'escriptura dels béns o drets objecte d'aportació, amb indicació expressa de les seves dades registrals, si n'hi hagués, el títol o concepte d'aportació i també el valor de cada un d'aquests. Per al cas especial d'aportació d'empresa o establiment comercial, industrial o de serveis, s'obliga

a la descripció en l'escriptura dels béns i drets registrables, s'indicarà el valor del conjunt o unitat econòmica objecte d'aportació i es podran relacionar els restants béns en un inventari, que s'ha d'incorporar a l'escriptura (art. 133.1 *in fine* RRM, sobre les aportacions no dineràries susceptibles d'operar com a contravalor d'un augment del capital). Conseqüentment, s'admet l'aportació d'una branca d'activitat, tenint aquesta, com resulta obvi, naturalesa no dinerària. Amb tot, l'augment del capital amb el contravalor d'una aportació de branca d'activitat resulta de gran interès no solament des de la perspectiva teòrica, sinó especialment pràctica, atesa la seva utilització freqüent per part de les societats anònimes i de responsabilitat limitada. La competència orgànica per a acordar l'aportació de branca d'activitat correspon a l'òrgan d'administració [v. Resolucions de la DGRN de 9 de juny i 4 d'octubre de 1994].

Encara que la llei opta per regular separadament l'augment del capital amb aportació dinerària i amb aportació no dinerària, el que és cert és que no hi ha cap obstacle per a acordar una ampliació de capital amb contravalor mixt, això és, en part amb diners i en part amb aportacions *in natura*.

Així ho va admetre l'RDGRN d'11 d'octubre de 1993, orientació que recull fidelment l'article 168.2 RRM que, en remetre a les normes dels articles 133 i 134 RRM, preveu la possibilitat que el contravalor de l'augment del capital "consista total o *parcialmente* en aportaciones no dinerarias".

Així mateix, s'ha d'advertir que, quant al procediment d'augment, no ha de resultar obstacle la dicció literal de l'article 155.2 LSA que es refereix exclusivament a l'augment del capital amb emissió de noves accions (hipòtesi que, sens dubte, és la més freqüent, però no exclusiva). En efecte, el número 2 de l'art. 155 disposa el següent (que és un simple recordatori, en seu d'augment, de la regla continguda a l'article 40.2 LSA):

"Las acciones emitidas en contrapartida de aportaciones no dinerarias como consecuencia de un aumento de capital deberán ser totalmente liberadas en el plazo máximo de cinco años a partir del acuerdo de aumento."

Aquesta redacció no ha d'impedir una aplicació analògica de la norma als casos d'augment del capital amb aportacions no dineràries, sota la modalitat d'increment del valor nominal de les accions que ja hi ha. No hi ha raó per a restringir el procediment de l'augment del capital a l'emissió de noves accions quan es fan aportacions no dineràries.

c) L'augment del capital per compensació de crèdits

L'article 156 LSA regula l'augment del capital per compensació de crèdits, una operació molt freqüent a la pràctica societària, especialment en l'àmbit del sanejament de societats incurses en pèrdues patrimonials greus i fins i tot en

situacions pròximes a la insolvència definitiva. Segons l'esmentat precepte, només es pot fer l'augment per compensació de crèdits quan es compleixin una sèrie de requisits. No ofereix dubtes, per tant, l'admissió o licitud de la figura, que no té una altra finalitat econòmica que la capitalització d'un deute, això és, disminuir el passiu exigible de la societat transformant determinats recursos aliens en recursos propis (en aquest cas, en capital social).

En l'augment per compensació de crèdits, s'acorda augmentar el capital social i destinar les accions que s'emeten a extingir un o més crèdits contra la societat i, consegüentment, adjudicar-les al creditor, que pot ser un tercer o un soci, que alhora exerceix un crèdit contra la societat. D'aquesta manera, els creditors es converteixen en socis i els socis prestadors amplien la seva participació en el capital de la societat.

Aquesta operació d'augment ha generat en la doctrina una intensa polèmica en ordre a la seva naturalesa jurídica.

Les teories que han pretès una explicació sobre la naturalesa jurídica de l'augment del capital per compensació de crèdits han identificat la figura amb una **novació**, una **dació en pagament**, una **confusió**, o bé, finalment, han apreciat que no estem sinó davant d'un **supòsit especial de compensació**. Per a uns, aquesta modalitat d'ampliació s'explica jurídicament mitjançant la figura extintiva obligacional de la novació objectiva i no compleix amb els requisits legals de la novació: ni amb la novació extintiva ni amb la modificativa. L'obligació de la societat en relació amb el creditor s'extingeix, però no se substitueix per una altra obligació, sinó per una relació societària: el creditor es converteix en soci. Descartant la defensa de l'existència d'una novació, d'altres autors, vigent l'LSA de 1951, defensaven que ens trobàvem enfront d'una dació en pagament, en la mesura que la societat s'allibera del crèdit mitjançant el lliurament d'accions emeses en l'augment del capital al creditor. La tesi ha rebut diferents objeccions encara que, segons el nostre parer, dues són definitives sobre la seva inadequació per a explicar aquesta modalitat d'augment: **la dació en pagament no es pot fer mitjançant accions creades per a la circumstància** (solament és possible mitjançant accions *preexistents*), ja que altrament equivaldria a afirmar que la subscripció de l'augment del capital no l'efectua qui aporta el crèdit, sinó la mateixa societat a fi de transferir les accions d'immediat i *solvendí causa* al seu creditor. En segon terme, la tesi de la dació en pagament comporta, segons el parer dels seus crítics, una segona objecció: traslladada als augments ordinaris, conduiria a postular que **l'adquisició d'accions té lloc en virtut d'una compravenda d'accions i no en virtut del corresponent negoci societari de subscripció**. No obstant l'existència de posicions doctrinals que, deixant al marge el problema de la naturalesa jurídica de l'operació, s'estimen més fer referència a una modalitat d'augment singular, sotmesa a determinats requisits especials, imposats pel legislador, creiem que la tesi de la compensació especial és la que explica millor el mecanisme operatiu de l'augment del capital per compensació de crèdits. La disciplina continguda en l'art. 156.1 LSA constitueix una modalització del règim general de la compensació, previst en els art. 1195 i següents del Codi civil, per exigències pròpies del dret de societats. Així, el deute en què consisteix l'aportació es podrà satisfer oposant en compensació un crèdit que el deutor tingui enfront de la societat.

Així mateix, l'estructura de l'operació posa de manifest que ens trobem davant d'un augment del capital amb *aportacions dineràries* i no davant d'una ampliació amb càrrec a aportacions no dineràries, com, per contra, va estimar l'RDGRN de 15 de juliol de 1992, posició que continua mantenint un sector de la doctrina espanyola. L'argument bàsic per a defensar que ens trobem en presència d'un augment amb aportacions dineràries, sotmès a determinat requisit especial, és que l'augment per compensació de crèdits no s'executa per mitjà de la cessió del crèdit a la societat, sinó oposant la compensació d'aquest amb la finalitat d'alliberar el deute d'aportació que contreu el creditor [v. RDGRN d'11 d'octubre de 1993].

La conseqüència fonamental de la interpretació de la compensació, i que es tracta d'ampliació amb contravalor dinerari, no és una altra que l'aplicació de l'article 154 LSA i, a més, permet de dilucidar la raó per la qual en aquesta operació la disciplina legal ha

Lectura complementària

Vegeu les diferents teories descrites per **Iglesias Prada** a "Sobre el aumento de capital por compensación de créditos", *AAMN* (XXXIII, pàg. 226 i s).

prescindit de les normes que regulen les aportacions no dineràries. A més, aquest augment podrà ser decidit pels administradors a l'empara de l'apartat b) del número 1 de l'art. 153 LSA. Es tracta, sense més ni més, d'establir una sèrie de regles singulars, fonamentades en les característiques pròpies del que s'ha aportat, i centrades exclusivament en les condicions de liquiditat i exigibilitat del crèdit i en la verificació de la seva existència comptable. De la mateixa manera, ens trobem davant d'una operació d'augment efectiva i no purament comptable: l'aportació de crèdit contra la societat es tradueix en una transformació del passiu exigible en capital i, en definitiva, en una atribució a la societat de recursos procedents de tercers, la qual cosa ens porta a defensar la inaplicació a aquesta operació de l'art. 152.2.

En regular l'augment per compensació de crèdits, el legislador preveu explícitament el que la doctrina ha qualificat com a *compensació planificada* en contraposició a la *compensació circumstancial*. Aquesta última s'origina quan, en el període d'execució de l'acord d'augment del capital social amb aportacions dineràries, el subscriptor, i alhora creditor social, decideix compensar el deute d'aportació amb el crèdit que té enfront de la societat. En canvi, a la compensació planificada s'ha previst expressament la compensació anteriorment a l'adopció de l'acord d'ampliació i, des de l'origen, es projecta l'esmentat augment amb l'objectiu d'extingir mitjançant la compensació una sèrie de crèdits que agreugen el passiu exigible de la societat.

Nota

Aquesta distinció no pot generar diferències substancials en el règim societari al qual han d'estar sotmeses. Per coherència interpretativa, ambdós tipus de compensació s'han de subjectar a les normes cautelars de l'article 156 LSA. La unitat de tractament no és criticable, ja que, en ambdós casos, la compensació opera, sense cap dubte, com un mitjà d'extinció del deute d'aportació.

L'article 156 LSA imposa una sèrie de mesures tuitives a les operacions d'augment del capital per compensació de crèdits, diferents a les previstes per a les ampliacions de capital amb aportacions no dineràries. La primera d'aquestes es refereix a la **naturalesa dels crèdits** objecte de la compensació: aquests han de ser líquids, vençuts i exigibles almenys en un 25%, i el venciment dels restants no ha de ser superior a cinc anys [art. 156.1.a), v. també l'RDGRN d'11 d'octubre de 1993]. Aquest requisit no és estrany i concorda amb l'exigència legal, en l'àmbit de les anònimes, d'un desemborsament mínim del 25% del valor nominal de cada una de les accions (art. 12 LSA, v. comentari d'aquest precepte en aquesta obra). El compliment del requisit contingut en l'art. 156.1.a) LSA s'ha d'entendre assolit no respecte a cada crèdit individualitzat, sinó, eventualment, referit al conjunt dels crèdits. La Llei no expressa res sobre la naturalesa dels crèdits susceptibles de compensació. Això significa que seran compensables tots els crèdits que s'exerceixin contra la societat, amb independència de la naturalesa d'aquests i del seu origen contractual o extracontractual (així, una indemnització de danys i perjudicis), sempre que es compleixin les condicions legals que el crèdit sigui líquid, vençut i exigible. El valor computable dels crèdits ha de ser el seu import nominal referit tant al principal com als interessos, vençuts i exigibles, i no implica pas, d'altra banda, el venciment anticipat de la part del crèdit o crèdits il·líquida i inexigible, que no serà compensable fins que compleixi les condicions exigides per la llei. A l'efecte del càlcul i llevat del cas en què se satisfaci en diners, en els augments

del capital amb prima d'emissió (així, en cas d'exclusió del dret de subscripció preferent ex art. 159 LSA), l'import dels crèdits líquids i exigibles ha de cobrir l'import d'aquesta [v. art. 166.4.3 RRM].

L'art. 156 estableix una segona mesura que persegueix **verificar les dades que els administradors han subministrat sobre els crèdits objecte de compensació en el seu informe**. Segons aquest precepte, l'auditor de comptes de la societat ha d'emetre una certificació que acrediti, un cop verificada la comptabilitat social, que resulten correctes les dades ofertes pels administradors sobre els crèdits compensables. Aquesta certificació, per a l'elaboració de la qual l'auditor està sotmès al contingut de la Resolució de 5 de juny de 1992, de l'Institut de Comptabilitat i Auditoria de Comptes, per la qual s'anuncia la publicació de la Norma tècnica d'elaboració de l'informe especial sobre augment del capital per compensació de crèdits, s'ha d'incorporar a l'escriptura pública, i ha de constar a la inscripció, per aplicació de l'art. 168.3.II RRM, "el nombre del auditor, la fecha de la certificación y que en esta se declara que resultan exactos los datos relativos a los créditos aportados" [V. RDGRN de 22 de maig de 1997]. L'obligatorietat d'aquest control s'estén a totes les societats anònimes i és forçós, per a l'emissió de l'informe, el nomenament d'un auditor pel registrador mercantil en el cas de no tenir la societat anomenat un auditor de comptes [art. 363.4, art. 351 s. RRM, v. RDGRN de 15 de juliol de 1992, 8 d'octubre de 1993 i 22 de maig de 1997]. En garantia dels accionistes, la Llei exigeix que la certificació de l'auditor es posi a disposició d'aquests en el moment de convocatòria de la Junta i en la forma prevista per l'art. 144.1.c) LSA .

L'article 156, en el seu número 2, remet, per al supòsit d'augment del capital per conversió d'obligacions en accions, al que s'ha establert en l'acord d'emissió de les obligacions (art. 292 a 294 LSA). De fet, es preveu l'operació de conversió d'obligacions en accions com una modalitat d'augment del capital per compensació de crèdits, ja que el desemborsament de les noves accions es fa amb càrrec als crèdits representats per les obligacions que es converteixen en accions.

d) Augment del capital amb càrrec a reserves

L'augment del capital amb càrrec a reserves constitueix una modalitat tradicional d'ampliació que persegueix una reestructuració dels fons propis de la societat. Amb aquesta operació no es pretén un increment del patrimoni, sinó un canvi en l'estructura dels comptes del passiu, la qual cosa ha justificat la seva qualificació com a augment nominal o purament comptable. Es tracta, per tant, d'una hipòtesi d'autofinançament.

Lectura complementària

Sobre els efectes borsaris de l'augment amb càrrec a reserves, ens remetem a l'estudi de **García-Moreno González**, *El aumento de capital con cargo a reservas en sociedades anónimas* (pàg. 217 i s.).

Nota

La doctrina tradicional justificava l'augment del capital amb càrrec a fons propis en la necessitat de suprimir reserves, mitjançant la seva transformació en capital, amb la finalitat de "posar el capital de l'empresa en relació amb el vertader valor de les accions", ja que l'excés d'aquelles repercutia en un augment de la cotització i la plusvàlua d'accions feia difícil el tràfic borsari.

El resultat de l'operació és que mantenint-se el mateix patrimoni es produeix un increment del capital social i, consegüentment, s'amplia "la línia ideal que delimita valors de l'actiu per a afectar-los al capital, fent-los indisponibles a favor dels creditors socials". L'operació té efectes generals beneficiosos per a la societat, per als creditors socials i per als accionistes. Per a la societat, la realització d'aquestes operacions comporta, en la seva política empresarial d'autofinançament, un increment del valor patrimonial a la seva disposició amb càrrec a fons que ja estaven al seu patrimoni, però que eren disponibles i, per tant, susceptibles de ser repartits com a dividends entre els socis. Per als creditors, la conseqüència essencial d'aquesta ampliació és un increment de la xifra del capital i, consegüentment, un increment dels fons retinguts en el patrimoni social. El capital social com a xifra de retenció s'altera de manera beneficiosa en la mesura que el valor retingut és superior, amb independència dels béns que el representin, i amplia la mesura suplementària de garantia. Per la seva banda, els socis no s'han de veure perjudicats per l'operació. No reben dividends, però sí que poden obtenir un preu mitjançant la transmissió del dret d'assignació gratuïta o, sense més ni més, de la venda de les accions emeses. Una peculiaritat de l'augment amb càrrec a reserves és precisament que als socis que no han de fer cap desemborsament se'ls assignen les accions emeses com a resultat de l'augment, o es veuen beneficiats amb l'increment del valor nominal de les accions de les quals ja eren titulars, en aquest últim cas sense necessitat que l'acord se sotmeti a l'exigència del consentiment de tots els accionistes (art. 151.2 *in fine*, que estableix expressament l'excepció a la regla general per al cas d'augment amb contravalor amb càrrec a reserves o beneficis de la societat).

L'article 157 estableix que, per a augmentar el capital amb càrrec a reserves, es podran utilitzar les reserves disponibles, les primes d'emissió i la reserva legal en la part que superi el 10% del capital ja augmentat.

Aquesta regulació és excessivament parca i planteja la necessitat de determinar quines reserves són les susceptibles de conversió en capital. En primer terme es fa referència a **reserves disponibles**, un concepte que s'ha definit recentment com a descriptiu o residual, en el sentit que seran reserves disponibles totes aquelles que no estiguin afectades per una limitació legal que impedeixi la seva utilització, això és, reserves de lliure disposició. Resulta molt més útil determinar exactament quines reserves poden ser objecte d'aplicació per a augmentar el capital amb càrrec a reserves. És clar que la reserva legal es podrà utilitzar als efectes de l'operació d'ampliació, en la mesura que l'article 157 fa referència expressa a aquesta. En aquest sentit es podrà aplicar en el

que excedeixi del 10% del capital social resultant de l'augment. En ordre a la prioritat de l'aplicació, la doctrina manté que resulten prioritàries les reserves disponibles i la prima d'emissió. Això és, l'ampliació a càrrec de la reserva legal només serà possible si no hi ha reserves disponibles o prima d'emissió, o quan aquestes no cobreixin el total de la xifra d'augment [v. RDGRN de 27 de març de 1991]. Amb tot, si la reserva legal excedeix del 20% del capital social, l'excés es pot destinar íntegrament a l'augment del capital.

Tampoc hi ha inconvenient en la utilització a les finalitats de l'operació de les **reserves estatutàries**, generals i especials. Respecte a les **reserves estatutàries generals**, es poden destinar lliurement a la cobertura de l'ampliació, sense necessitat de l'adopció d'un acord de modificació estatutària, a diferència de les **reserves estatutàries especials**, creades, en el seu origen per a una finalitat determinada (per exemple, estabilitzar o assegurar el repartiment de dividends), que exigiran la corresponent desafectació mitjançant la reforma prèvia dels estatuts socials.

Fora d'això, les **reserves voluntàries**, això és, aquelles creades per acord de la Junta General, s'han de considerar de lliure disposició i, per tant, també es poden destinar com a contravalor de l'ampliació de capital amb càrrec a fons propis.

Quant a les **reserves legals especials** de participacions recíproques (art. 84 LSA), per accions pròpies o de la societat dominant (art. 79.3 LSA) i per a capital amortitzat (art. 167.3 LSA), la primera no constitueix una autèntica reserva, sinó un simple compte d'ordre, per la qual cosa no hi ha dubte de la seva inaplicació a un augment del capital. La mateixa conclusió s'ha de seguir respecte a la reserva d'accions pròpies que es qualifica com a **reserva indisponible**.

La disponibilitat de la reserva de capital amortitzat exigeix que es compleixin els requisits demanats per a la reducció del capital social. Si la indisponibilitat d'aquesta reserva no té una altra finalitat que garantir als creditors socials –s'ha afirmat en doctrina– la viabilitat de la seva transformació en capital, això no obstant els termes de la Llei són clars: solament es pot aplicar a l'ampliació de capital les reserves disponibles, i no les indisponibles legalment, malgrat que, com succeeix en aquest cas, la indisponibilitat sigui relativa.

Quant a les **reserves de revalorització** d'actius, es considera de manera generalitzada que la finalitat natural d'aquesta reserva és la seva conversió en capital. Així ho admet avui la nostra legislació vigent.

En ordre a la seva aplicació per a augmentar el capital social, s'ha de tenir molt en compte que el Reial decret llei 7/1996 estableix, en l'article 5, que la reserva no estarà disponible fins que l'Administració Tributària hagi comprovat i acceptat la reserva o bé una vegada hagin transcorreguts tres anys des de la data de tancament del balanç corresponent a l'exercici en què es van practicar les operacions de revalorització quan l'Administració

no hagi fet la comprovació esmentada. La reserva de revalorització es podrà destinar únicament a la compensació de pèrdues o a l'augment del capital social.

Finalment, quant a les denominades **reserves tàcites o latents**, fins que aquestes no hagin estat reflectides en un balanç regularment formulat i aprovat per la Junta General de la societat, no es poden convertir en capital, ja que, encara que tinguin existència econòmica, no constitueixen reserves en sentit jurídic societari.

D'altra banda, no es pot formular cap objecció a l'aplicació dels beneficis de l'exercici a l'augment del capital, sempre que resultin d'un balanç aprovat per la Junta General. Precisament, l'art. 151.2 LSA al·ludeix no solament a les reserves, sinó als beneficis que ja figuraven en l'esmentat patrimoni.

A més de sotmetre's als requisits comuns als augments del capital, l'ampliació amb càrrec a reserves està subjecta a l'exigència que l'operació es faci o justifiqui sobre la base d'un **balanç aprovat per la Junta General** referit a una data compresa dins els sis mesos immediatament anteriors a l'acord d'augment del capital, verificat per auditors de la societat, o per un auditor a petició dels administradors, si la societat no estigués obligada a verificació comptable (art. 157.2 LSA).

Aquest balanç, junt amb l'informe de l'auditor, s'ha d'incorporar a l'escriptura i s'ha de fer constar a la inscripció el nom de l'auditor i les dates de verificació i aprovació del balanç (art. 168.4.II RRM). En l'escriptura pública ha de constar necessàriament que l'augment s'ha fet partint d'un balanç verificat i aprovat, amb indicació de la data d'aquest, i també el nom de l'auditor i la data de la verificació (art. 168.4.I RRM).

Aquest balanç no té una altra finalitat que la d'acreditar l'existència en el compte de reserves o beneficis d'una quantitat suficient per a cobrir l'augment del capital, i la seva data no pot superar els sis mesos d'antiguitat.

Així ho estima l'RDGRN de 16 de març de 1993, que, en un cas en què una societat havia acordat un augment del capital amb càrrec a reserves el 5 de novembre de 1991, prenent com a base un balanç tancat el 31 de desembre de 1990 i aprovat el 28 de juny de 1991 per la Junta General, va considerar que el termini de sis mesos s'ha de computar a partir de la data de tancament del balanç i no la de la seva aprovació. Quant a la designació d'auditor en el cas de societats que no tinguin obligació de verificar comptes, correspon no als administradors de la societat, sinó al registrador mercantil del domicili social [v. RDGRN de 26 de juny de 1992, v. art. 363.4 RRM]. D'altra banda, la DGRN ha exigit l'existència de balanç fins i tot en una hipòtesi d'augment del capital amb càrrec a la prima d'emissió [RDGRN de 27 de març de 1991]. En aquest cas, examinat pel Centre Directiu, es va acordar un augment del capital amb desemborsament de les accions en metàl·lic i amb prima. Aquesta es va desemborsar en el mateix acte, i la mateixa Junta General va acordar un consecutiu augment del capital social amb càrrec a la prima desemborsada.

L'augment del capital amb càrrec a reserves es pot acordar mitjançant els dos procediments previstos en l'art. 151.1 LSA, això és, **mitjançant l'elevació del valor nominal de les accions que ja hi ha o mitjançant l'emissió de noves accions**. En totes dues hipòtesis resulta necessari que es respecti tant el principi de tractament paritari dels socis com el de manteniment de l'*statu quo* que hi ha al si de la societat entre els diferents grups de socis.

El capital augmentat haurà de ser objecte d'adjudicació a tots els socis de manera proporcional a la participació de què cada un era titular prèviament. Una de les característiques d'aquest tipus d'ampliació és que es produeix una simplificació natural de la fase d'execució: el que és habitual és que l'acord i la seva execució es formalitzin en la mateixa escriptura per la senzilla raó que no hi ha en aquesta modalitat subscripció i desemborsament de les accions. En realitat, es pot parlar d'un dret d'assignació gratuïta de les accions emeses, la finalitat bàsica del qual és el manteniment de la posició de l'accionista en la societat i evitar la dilució política i patrimonial dels seus drets. És cert que hi ha certa afinitat funcional amb el dret de subscripció preferent, si bé també resulta patent que aquest dret d'assignació gratuïta de les accions emeses està dotat de certes especialitats. El dret d'assignació gratuïta és un vertader dret individual del soci, que ni els estatuts ni els acords dels òrgans socials poden arribar a ignorar, ja que l'augment del capital amb càrrec a reserves constitueix un traspàs nominal de comptes de recursos propis de la societat i la Junta General no pot decidir sobre els destinataris d'aquest augment, sigui quin sigui el procediment elegit. D'aquí que s'hagi afirmat que es tracta d'un dret que no pot tenir modificació o cap exclusió: l'assignació és automàtica i el dret no està subjecte ni a caducitat ni a prescripció.

Finalment, s'ha de considerar el tema referent a l'**augment mixt del capital** i la seva possible admissió en el nostre Dret de societats. L'augment mixt del capital és aquell que s'acorda en part amb càrrec a reserves o beneficis i en part amb càrrec a noves aportacions dels accionistes. No és infreqüent a la pràctica i, en l'àmbit jurisprudencial, el Tribunal Suprem ha tingut l'ocasió de valorar la licitud de l'operació.

La discussió en doctrina mercantil espanyola s'ha caracteritzat per la polèmica i la divisió radical entre els autors. En realitat, el problema d'aquest tipus d'ampliació mixta rau, segons alguns autors, en el fet que es converteix en un expedient mitjançant el qual la societat pot forçar tots o alguns socis a fer una aportació per a conservar el seu dret sobre les reserves acumulades. En la praxi societària, es pot detectar diverses maneres de fer aquesta operació complexa, però la més típica és aquella en què s'adopta un acord únic d'augment amb emissió de noves accions que seran objecte cada una d'aquestes de desemborsament en part amb reserves i en part amb noves aportacions dels socis.

També és possible detectar augments mixtos del capital en què es desemborsen un nombre concret d'accions amb càrrec a reserves i un altre amb càrrec a noves aportacions dels socis. En aquesta última hipòtesi es vincula necessàriament l'assignació gratuïta d'accions al fet que l'accionista hagi subscrit part de les accions amb contravalor onerosos.

Una altra modalitat és que la Junta General adopti **dos acords d'augment del capital consecutius**: així, s'adopta un augment amb noves aportacions i, executat en aquest acte l'esmentat augment, s'acorda un altre amb emissió de noves accions amb càrrec a reserves. En aquesta segona hipòtesi ens trobem davant d'un augment de capital escalonat que assoleix la mateixa finalitat que l'augment únic del capital, però amb l'avantatge que representa, a l'efecte de l'admissibilitat de la figura, l'existència de dos augments del

capital diferents. No és una qüestió fàcil, i es poden distingir principalment sobre aquesta temàtica dues orientacions.

La primera rebutja de manera dràstica els augments mixtos del capital en la mesura que xoquen frontalment amb el dret del soci sobre els beneficis acumulats i, fonamentalment, amb el dret de no veure's obligat a fer noves prestacions a favor de la societat sense el seu consentiment. No pot ser que s'exigeixin al soci noves aportacions de capital o, fins i tot, prestacions accessòries sense el seu consentiment (art. 145 LSA). Al soci, considerat individualment, se'l situa en el dilema de subscriure les accions, desemborsant o, en cas contrari, perdre part de la seva participació en les reserves prèviament acumulades com a conseqüència de la dilució a les accions subscrietes per altres persones.

Hi ha, així mateix, una greu afectació del dret d'assignació gratuïta de les accions en els augments mixtos del capital. En relació amb el primer dels drets, s'ha d'assenyalar que es tracta d'un dret de naturalesa abstracta, això és, es concreta quan la societat acorda el seu repartiment com a dividendes. En cas contrari, el soci està mancat d'un dret directament exercitable sobre els beneficis que, potencialment, correspondrien als socis (si s'adoptés l'acord de la seva distribució, o si es liquidés la societat, mitjançant el dret a la quota de liquidació). Amb tot, el soci sí que té dret, si es distribueixen els beneficis, que li siguin atribuïts, a ell i no a terceres persones; té un dret natural a no veure's privat d'aquests dividendes acordats (ni de la resta de la seva participació indirecta en el patrimoni social) mitjançant la seva distribució a altres persones.

Aquest dret indirecte a les reserves acumulades es pot observar clarament en la regulació del dret de subscripció preferent i, en concret, en seu d'exclusió del dret per als casos en què hi hagi interès social en l'exclusió. L'article 159 LSA admet l'exclusió del dret de subscripció preferent, però no la pèrdua del dret dels socis sobre les reserves acumulades. Això explica un dels condicionaments de l'operació d'exclusió que consisteix en el fet que el valor nominal de les accions a emetre, més, si escau, l'import de la prima d'emissió, es correspongui amb el **valor real** que resulti de l'informe dels auditors de comptes de la societat. És cert que, tractant-se de societats cotitzades, la Junta General pot acordar l'emissió d'accions a qualsevol preu, però aquest també té un límit, això és, el patrimoni net (o, si es prefereix, el **valor net patrimonial**) de les accions [art. 159.1.c)].

Ni tan sols l'interès social pot justificar l'expropiació del dret indirecte sobre les reserves acumulades de la societat. El dret indirecte a les reserves és acompanyat, en les ampliacions amb càrrec a reserves, d'un dret d'assignació gratuïta de les noves accions (v. art. 158.3.II *in fine*), que s'ha de considerar sagrat. Precisament, és en la vulneració d'aquest dret on es concentren les crítiques més serioses a la modalitat d'augment mixt del capital. L'operació s'ha rebutjat radicalment en la mesura que vulnera la posició del soci, i lesiona el dret d'assignació gratuïta d'accions i la teleologia o finalitat que aquest dret persegueix, que no és una altra que la defensa de la quota del soci sobre les reserves acumulades i el manteniment dels seus drets politicoadministratius. La figura xoca frontalment, segons un sector de la doctrina, amb la naturalesa jurídica del dret d'assignació gratuïta (*ius ad rem*), que no es pot veure substituït pel simple dret de subscripció preferent. Tanmateix, aquesta argumentació, segons el nostre modest parer, no implica obstacles a la licitud de l'operació, com ha resolt el Tribunal Suprem en sentències de 28 de maig de 1990 i de 17 de març de 1994. El raonament del Tribunal en totes dues resolucions és conseqüent amb la nostra regulació societària.

La legalitat de l'augment mixt resulta acceptable si es garanteixen, d'una banda, els drets que la possessió de les accions antigues confereix als seus titulars, tant respecte del control de la societat com pel que fa a la seva participació a l'haver social i conservació d'aquesta participació i, de l'altra, l'assignació exclusivament a ells de les reserves cridades al el joc del contravalor, garantia que s'assoleix de manera suficient mitjançant el dret de subscripció preferent de les noves accions, susceptible, com és sabut, de negociació. Davant d'un acord d'augment mixt del capital, l'accionista no es veu obligat a fer un nou desemborsament obligatori a fi de no perdre la seva participació en les reserves acumulades, ja que pot perfectament percebre el valor d'aquesta mitjançant la venda dels drets de subscripció. La Llei no estableix una prohibició absoluta i expressa de l'augment mixt. Tot el contrari. De la lletra de l'art. 152.2 LSA es pot desprendre el contrari: en la mesura que l'esmentat precepte permet un augment mixt en la naturalesa del contravalor, tant es pot admetre un augment

en part amb aportacions dineràries i no dineràries, com un augment mixt amb aportacions i reserves. Tot això, sens perjudici que l'operació acordada pugui, si es dóna alguna de les causes previstes en l'LSA, ser susceptible d'impugnació.

1.3.3. L'augment del capital autoritzat i la delegació als administradors de l'execució de l'acord

De vegades, la competència exclusiva de la Junta General d'Accionistes per a acordar l'augment del capital social constitueix un seriós obstacle de l'operació quan la submissió d'aquesta a determinats tràmits i terminis pot impedir, dificultar o retardar en excés l'obtenció de nous recursos en el mercat en un moment conjuntural favorable. Aquesta simple raó explica, en part, l'origen d'una pràctica, la del **capital autoritzat**, consistent a atorgar als administradors la facultat d'acordar l'augment del capital social en les millors circumstàncies i dins d'uns concrets límits fixats per la Llei i per la Junta General d'Accionistes.

Com s'ha destacat encertadament per la doctrina espanyola i comparada es tracta de respondre a les exigències pràctiques de l'adopció i col·locació d'accions per part de l'òrgan d'administració, els membres del qual valoraran amb un encert més gran les necessitats de finançament propi de la societat en un moment determinat. Davant el procediment normal d'adopció d'acord d'augment del capital, el sistema de capital autoritzat es configura com una autorització atorgada als administradors de manera que l'òrgan d'administració pugui acordar l'augment de capital en el moment que consideri oportú.

La Llei de societats anònimes de 1951, com expressa la seva exposició de motius, va pretendre acabar amb la pràctica de les accions en cartera que permetia, amb tots els seus riscos o maquinacions fraudulentos, d'augmentar el capital social sense subjecció a les garanties o mesures tuitives que han d'acompanyar la decisió d'acordar l'augment del capital social. En concret, l'exposició de motius de l'LSA 1951 justificava l'aparició del **capital autoritzat** (art. 96) com una "compensació" a la supressió del sistema d'accions en cartera, ja que compleix "análogos fines que el capital en cartera, sin crear oscuridad en cuanto a la situación económica de la sociedad, ni dar ocasión a manipulaciones que, a veces, adolecían de falta de pulcritud". Des d'una visió purament dogmàtica, la justificació de l'adopció del sistema de capital autoritzat en l'art. 153.1.b) LSA descansa a la recepció del principi d'íntegra subscripció del capital social [art. 25.2 II Directiva] en la nostra ordenació societària [art. 12 LSA].

De la lectura dels apartats a) i b) de l'art. 153 LSA, es pot afirmar que el principi de competència exclusiva de la Junta General d'Accionistes en matèria d'augment del capital té dues excepcions de naturalesa diferent. D'una banda, l'**augment del capital mitjançant sistema de capital autoritzat** (art. 153.1.b)), mitjançant el qual s'atribueix a l'òrgan d'administració, amb certs límits, la facultat d'augmentar el capital social. De l'altra, la **facultat de fixar la data en què l'augment del capital acordat es durà a terme i les circumstàncies accidentals no previstes** per la Junta General en l'acord social corresponent (153.1.a)).

Amb aquesta última finalitat, el precepte estableix un límit temporal d'un any per a l'exercici de la facultat delegada, llevat, per raons òbvies, del cas de conversió

d'obligacions en accions (art. 292.1 i 294.1 LSA). En realitat, l'art. 153.1.a) s'ha de configurar com una autèntica obligació per als administradors de completar necessàriament l'acord d'augment adoptat prèviament per la Junta. Enfront del capital autoritzat en què es delega als administradors la facultat d'acordar l'ampliació del capital en el moment i en la quantia que considerin oportuna, la delegació va referida en aquest cas a la *simple execució* de l'acord d'augment, que vincula l'òrgan d'administració, que s'haurà de limitar a completar els extrems no fixats per la Junta General (data, preu d'emissió, termini de subscripció, etc.). Si del que es tracta és d'una delegació que implica una obligació per als administradors de completar l'acord prèviament adoptat per la Junta General per a la seva execució sobre extrems no previstos per aquesta, com literalment expressa l'art. 153.1.a) LSA, s'ha de determinar exactament quin contingut de l'acord d'ampliació pot ser objecte de delegació, o, si es prefereix, quines condicions no poden ser objecte d'aquesta [v., sobre el contingut de l'escriptura augment del capital social, les mencions ordenades en l'art. 166 RRM 1996].

Així, ens resulta clar que la xifra d'augment ha de constar necessàriament en l'acord de la Junta en la mesura que l'esmentat precepte fa al·lusió a la "xifra acordada". El mateix s'ha d'esdevenir en relació amb el valor nominal de cada acció o amb els drets atribuïts a les accions preferents [ex art. 148 LSA], no així pel que fa als dividendes passius, ja que, complint-se amb el requisit del desemborsament mínim, els administradors podran, en defecte de norma estatutària, determinar quines són les condicions del desemborsament, i s'hauran de publicar la forma i terminis per al pagament al Butlletí Oficial del Registre Mercantil [v. art. 42 LSA].

L'adopció d'un acord d'augment del capital pels administradors exigeix una autorització prèvia de la Junta General d'Accionistes. No hi ha en el capital autoritzat sinó una simple facultat als administradors de naturalesa legal, expressament prevista en l'art. 153.1.b) LSA, i en virtut de la qual la Junta General acorda trencar amb la seva competència absoluta en matèria d'augment del capital en determinades condicions. En tot cas, l'acord està sotmès als requisits de tota modificació estatutària [v. RDGRN de 7 de març de 1997; art. 144 LSA] i a una sèrie de límits legals, la contravenció dels quals implica la nul·litat de l'acord i en legitima la impugnació [art. 115 i s. LSA]. Aquests límits tenen com a finalitat evitar una competència omnímoda de l'òrgan d'administració en matèria d'augment de capital, ja que, si no s'establís, podria alterar radicalment l'estructura financera de la societat i l'equilibri de poder que hi ha entre majoria i minoria.

En primer lloc, l'augment no podrà ser superior "en ningú cas a la mitad del capital de la sociedad en el momento de autorización". Com s'ha dit, la raó bàsica d'aquesta cautela no és una altra que evitar que els administradors puguin modificar radicalment la base financera de la societat. A aquest efecte, s'ha de tenir present el que disposen l'art. 167 RRM, que entén que subsisteix la delegació "en sus propios términos" mentre no hagi expirat el termini fixat, encara que canviïn els administradors i encara que la Junta acordi posteriorment a la delegació un o diversos augments del capital social.

En segon lloc, la llei estableix un **límit temporal**: la delegació té un termini màxim per a l'exercici efectiu d'aquesta de cinc anys, a comptar des de l'acord de la Junta General. La raó d'aquesta cautela s'ha de situar, d'una banda, en la naturalesa excepcional del capital autoritzat i, de l'altra, en un possible i probable canvi de les circumstàncies que van justificar l'autorització prèvia de la Junta. Transcorregut el termini fixat en l'autorització, o el fixat legalment si aquesta no preveu cap termini, s'ha de considerar extingida la facultat legal concedida als administradors. En cas contrari, la inscripció de l'acord

d'ampliació extemporani el registrador mercantil l'haurà de denegar, en correcta aplicació de l'art. 153.1.a) LSA i concretament del precepte reglamentari corresponent, en virtut del qual "se entenderá que la delegación subsiste en sus propios términos mientras no haya expirado el plazo fijado" [art. 167.2 RRM].

Límits del capital autoritzat

L'augment no podrà ser, en cap cas, superior a la meitat del capital de la societat en el moment d'autorització. La delegació té un termini màxim per a l'exercici efectiu d'aquesta de cinc anys, a comptar des de l'acord de la Junta General. Els augments s'hauran de fer mitjançant aportacions dineràries.

El tercer límit atén al contravalor de l'augment del capital. Aquest ha de consistir en aportacions dineràries. Així ho expressa clarament l'art. 153.1.b), en virtut del qual "estos aumentos [...] deberán realizarse mediante aportaciones dinerarias". En contrast amb la literalitat de l'art. 96 LSA 1951, convé destacar que el límit qualitatiu al qual està sotmès el capital autoritzat s'ha modificat substancialment, ja que aquell precepte expressava que les ampliacions de capital s'havien de fer necessàriament "mediante la emisión de acciones ordinarias". Suprimida aquesta exigència, s'ha de destacar que l'únic límit qualitatiu al capital autoritzat es constitueix per la naturalesa de les aportacions, que han de ser forçosament dineràries, i resulta indiferent que s'emetin o no noves accions ordinàries o preferents.

El límit qualitatiu sobre la naturalesa dinerària de les aportacions és clar, si bé resulta de difícil comprensió, ja que l'article 25 de la II Directiva CE no l'estableix i ens sembla certa l'afirmació d'un sector de la doctrina que defensa de *lege ferenda* que no hi ha cap raó que justifiqui aquest límit i, encara més, si s'hagués completat la delegació amb l'establiment del sistema de cauteles o garanties que l'LSA estableix en consideració a la naturalesa d'aquestes aportacions. Tractant-se d'aportacions dineràries, els administradors hauran de complir els requisits establerts en l'article 154 LSA.

Entre les qüestions que suscita l'exercici efectiu de la facultat legal en què consisteix el capital autoritzat, ens hem de limitar, tenint en compte els límits naturals d'aquesta obra, a dues d'aquestes que han generat certa polèmica en la pràctica societària espanyola.

La **primera** atén a l'ampliació de l'operativitat de la figura del capital autoritzat en relació amb les societats cotitzades, ja que, quant a aquestes, la modificació de l'article 159.2 LSA, duta a terme per la Llei 37/1998, de reforma de la llei del mercat de valors, introdueix com a novetat que la Junta General pugui delegar, al costat de la decisió de l'augment del capital,

"La facultad de excluir el derecho de suscripción preferente en relación a las emisiones de acciones que sean objeto de delegación."

Lectures complementàries

Vegeu, a aquest efecte, la monografia del professor **Sánchez Andrés**, *Sociedad anónima modelo 1998. Reforma (parcial) y crítica (total) de un texto legislativo reciente*, Madrid, 1999, esp. pàg. 85 i s., i, sobre la dubtosa tècnica legislativa de la reforma societària citada, del mateix autor, "La sociedad anónima y el mercado (observaciones al paso de una reforma indebida)", *RdS*, 2000, pàg. 13 i s.

Amb aquesta norma sembla que el legislador espanyol pretengui dotar de "mayor agilidad a las sociedades cotizadas frente las oportunidades de financiación que pueden ser anticipadas o previstas por los administradores". Amb aquesta decisió, el legislador esgota la polèmica suscitada per la doctrina mercantil sobre la possibilitat de l'exclusió del dret de subscripció preferent i convida a una reflexió sobre la precipitada tècnica legislativa de la mencionada reforma, i de l'equívoc i dubtós esperit liberalitzador que comporta.

La **segona** de les qüestions tracta de dilucidar si hi ha en la vigent LSA una prohibició d'emetre classes d'accions, o si, al contrari, la desaparició de l'exigència que les accions siguin ordinàries permet la creació de classes. La Llei no es pronuncia ni a favor ni en contra, però s'ha de tenir present que l'opció del legislador ha estat mantenir silenci sobre una exigència legal expressada en el derogat article 96 LSA 1951. Això ha d'incloure a defensar que es rebutja un límit a favor d'una concepció que pretén facilitar en el moment conjuntural més favorable l'ampliació de capital, fent més atractiva la inversió mitjançant l'emissió d'accions preferents. Compartim el criteri segons el qual, a falta d'una expressa restricció legal, si no s'introdueix en l'acord de delegació limitació quant a les accions que poden ser emeses, els administradors podran acordar l'augment del capital mitjançant l'emissió de qualssevol classes d'accions, excepte per al cas de les rescatables per a l'emissió de les quals serà necessària la seva previsió en l'acord d'autorització prèvia de la Junta.

Pel mer fet de la delegació, l'art. 153.2 LSA faculta els administradors per a donar nova redacció a l'article dels estatuts socials referent al capital social, un cop s'hagi acordat i executat l'augment.

Finalment, s'ha d'assenyalar que en l'escriptura pública, atorgada pels administradors, s'han d'expressar, a més de les circumstàncies generals de l'augment del capital [art. 166 RRM], el contingut íntegre de l'acord de delegació, la quantia disposada respecte del límit de la delegació i la que queda per disposar [art. 167 RRM].

1.3.4. L'execució de l'augment del capital social

L'augment del capital social es configura com una operació complexa, que s'inicia amb una **fase de decisió** per part de l'òrgan social competent (proposta, informe justificatiu, acord de la Junta General i, si escau, de l'òrgan d'administració) i una **fase d'execució**, constituïda per la subscripció i el desemborsament. El procés culmina amb la inscripció de l'ampliació al Registre Mercantil i la seva publicació al Butlletí Oficial del Registre Mercantil.

Lectures complementàries

Sobre les accions rescatables, recomanem la lectura de **García de Enterría**, "Las acciones rescatables", *La Ley*, 1999, 4, pàg. 1.692 i s., esp. pàg. 1.698, i de **García-Cruces**, "Las acciones rescatables", *La Ley*, 1999, 3, pàg. 1947 i s.

Pel que fa a la subscripció, la llei estableix el **principi d'íntegra subscripció** (això és, no s'admeten en el nostre Dret, accions en circulació no subscrietes), com a manifestació que l'augment del capital social, de naturalesa, com hem vist, essencialment voluntària, exigeix no solament també l'acord social, sinó l'acte de subscripció exprés. En les hipòtesis d'augment del capital amb emissió de noves accions, el soci és titular d'un dret de subscripció preferent que té com a finalitat mantenir la seva posició jurídica en la societat. L'accionista té el dret, que no el deure, d'exercitar-lo, i pot renunciar al seu exercici o transmetre el seu dret en les mateixes condicions que les accions dels quals derivin (art. 158.3 LSA i 166.2 RRM).

Vegeu també

Sobre l'esmentat dret, les seves condicions d'exercici i la seva possible exclusió ens remetem al que s'ha assenyalat en el mòdul referent a les accions i drets del soci.

Com s'ha dit encertadament en doctrina, malgrat l'acord social, l'augment pot quedar en lletra morta si ningú acudeix a subscriure les noves accions. La falta de subscripció equival a la seva ineffectivitat. En aquest mateix àmbit, s'ha discutit tradicionalment sobre el caràcter escindible o inescindible de l'augment del capital. Es tracta de saber si, subscrit parcialment un acord d'ampliació, aquest resulta eficaç per a la societat, que pot tenir interès en un increment de capital de menys magnitud que el que s'ha acordat, i obligatori per als socis que van decidir d'acudir a la subscripció.

La denominada legalment *subscripció incompleta* es preveu expressament en l'article 161 LSA. Aquest article, en aplicació de l'art. 28 de la Segona directiva, disposa que, en cas de subscripció incompleta, el capital s'entendrà augmentat en la quantia de les subscripcions efectuades, "sólo si las condiciones de la emisión hubieran previsto expresamente esta posibilidad". En cas contrari, fracassa l'operació amb totes les seves conseqüències.

A aquestes es refereix el mateix precepte, que obliga els administradors de la societat a publicar que s'ha produït la incompleta subscripció en el Butlletí Oficial del Registre Mercantil i, sens dubte, a restituir als subscriptors les aportacions fetes o a consignar-les al seu nom al Banc d'Espanya o a la Caixa General de Dipòsits en el termini d'un mes des de l'acabament del termini de la subscripció [v. RD 161/1997, de 7 de febrer, pel qual s'aprova el Reglament de la Caixa General de Dipòsits (BOE, núm. 48, de 25 de febrer), esp. art. 27 s.]. Si l'acord d'emissió no preveu res, s'ha d'entendre que l'acord d'augment és, a l'efecte de la seva execució, inescindible. Així mateix, quan es guardi silenci sobre el futur de les accions sobrants i la possibilitat d'una subscripció incompleta, l'augment és inescindible i no té altres destinataris que els titulars del dret de subscripció preferent. L'article 161 impedeix, per tant, que una ulterior Junta General o els administradors puguin alterar les condicions d'execució de l'augment subscrit de manera incompleta.

Amb tot, i en relació amb la hipòtesi que es reguli expressament la subscripció parcial de l'augment, no hi ha cap obstacle legal perquè es determini el destí de les accions sobrants segons els criteris de col·lació d'accions que es considerin

oportuns (així, adjudicació d'accions sobrants entre determinades persones a elecció dels administradors, o al públic en general, o sotmetent-se a les condicions prèviament fixades per la Junta General).

Quant a l'àmbit d'aplicació d'aquesta normativa, resulta clar que la subscripció incompleta opera exclusivament en relació amb la modalitat procedimental d'augment del capital amb emissió de noves accions i, respecte al contravalor, amb l'augment del capital amb aportacions dineràries. L'operativitat de la subscripció incompleta sembla poc probable en altres modalitats, bé perquè resulta obligatòria la identificació del subscriptor (així, en augment del capital amb aportacions no dineràries i per compensació de crèdits), bé perquè la mateixa naturalesa de l'operació la descarta, com succeeix en l'augment del capital amb càrrec a reserves. Això darrer és així ja que en l'esmentat cas es procedeix a assignar gratuïtament les accions, sense intervenir cap desemborsament, això és, sense necessitat de fer aportacions [*sensu contrario* de l'article 161.2 LSA]. Tampoc no sembla possible la subscripció incompleta quan el legislador prevegi que la xifra definitiva de l'augment de capital s'ha de concretar en les conversions fetes efectivament, hi hagi o no previsió en l'acord d'emissió, com succeeix en l'augment de capital per conversió d'obligacions en accions, en què la societat està obligada imperativament a fer l'augment del capital per la quantia necessària per a fer efectives les sol·licituds de conversió.

D'altra banda, s'ha suscitat a la pràctica societària l'aplicació de l'art. 161 LSA als augments del capital autoritzat *ex art.* 153.1.b) LSA. Es qüestiona fins a quin punt l'art. 161.1 LSA és directament aplicable als augments de capital decidits pels administradors o si, al contrari, aquests han de ser expressament autoritzats per la Junta General. La solució que es doni a aquest problema ha de tenir present la literalitat de l'apartat b) de l'art. 153.1. LSA, ja que, segons aquest precepte:

"Se delega en los administradores la facultad de acordar en una o varias veces el aumento del capital social hasta una cifra determinada en la oportunidad y en la cuantía que ellos decidan."

Nota

La interpretació que s'ha de donar a la norma no pot ser una altra que la d'un reconeixement d'una àmplia facultat dels administradors no solament en la fixació de la quantia de l'augment del capital, en el moment de l'acord orgànic, sinó també en el moment de la seva efectiva execució, sempre que aquesta possibilitat aparegui prevista explícitament en les condicions d'emissió.

1.3.5. La publicitat de l'acord d'ampliació de capital

L'article 162 LSA estableix, en termes generals, que l'acord d'augment i la seva execució s'han d'inscriure simultàniament al Registre Mercantil. En aquest sentit, l'art. 165 RRM disposa que l'augment del capital s'inscriurà al Registre Mercantil en virtut d'escriptura pública en què constin els corresponents acords i els actes referents a la seva execució [v. RDGRN de 18 de març de 1991 i de 26 d'agost de 1998; sobre el contingut de l'escriptura v. art. 166 a 169 RRM]. El mateix precepte disposa, en el seu número 2, que "en ningún caso se podran inscribir acuerdos de modificación del capital que no se encuentren debidamente ejecutados".

Això no obstant, la regla general ha sofert recentment una excepció en l'àmbit de les societats cotitzades. La Llei 37/1998, de 16 de novembre, de reforma de la llei del mercat de valors, en la seva disposició addicional quinzena, permet que s'inscrigui l'acord d'augment del capital al Registre Mercantil abans de la seva execució. A aquest efecte exigeix que concorrin dues circumstàncies:

1) Que l'emissió hagi estat autoritzada i verificada per la Comissió Nacional del Mercat de Valors.

2) Que en l'acord d'augment s'hagués previst la subscripció incompleta.

La raó d'aquesta excepció s'explica per part dels seus defensors en el retard d'admissió en la cotització de les noves accions que genera la regla general d'inscripció simultània de l'acord d'augment i la seva execució, ja que la transmissibilitat d'aquelles es vincula a la definitiva inscripció de l'augment del capital. L'espera perjudicava, en aquests casos, l'inversor que havia d'esperar la inscripció definitiva per a poder negociar les accions subscrietes de la seva titularitat.

Ara, en consideració a la reforma esmentada, es facilita la negociació de les noves accions, ja que es permet d'inscriure l'escriptura d'augment del capital abans de la seva execució. Un cop s'executi l'ampliació, els administradors queden facultats per a donar una nova redacció als estatuts socials a fi de recollir-hi la nova xifra de capital social (art. 162.II.2 LSA). El nou sistema d'inscripció registral per a les societats cotitzades (v. l'operativitat pràctica d'aquest que es donava a la derogada Carta circular de la CNMV 1/1999, de 4 de juny) ha estat acollit de manera satisfactòria per uns autors i molt crítica per altres. S'al·lega, en defensa de la reforma, la supressió dels inconvenients, especialment, el retard de la cotització de les noves accions que generava la regla d'inscripció simultània de l'acord d'augment i execució.

El nou règim legal, a més de reduir els terminis d'admissió a la cotització, projecta sobre el mercat més seguretat jurídica, ja que l'avenç temporal de la inscripció registral permet una negociació dels drets de subscripció preferent al mercat sota un marc legal d'una certesa més gran, en procedir d'una ampliació que ja ha estat objecte de qualificació registral. I és que el retard en l'anotació registral fins a l'efectiva execució de l'augment sempre suscita el risc que s'acabi produint una qualificació negativa per part del registrador, que podria obligar la societat a desfer una operació tancada i executada.

Havent transcorregut el termini de sis mesos des que es va obrir el termini de subscripció sense que s'haguessin presentat per a la inscripció al Registre Mercantil els documents acreditatius de l'execució de l'augment del capital, els subscriptors poden demanar la restitució de les aportacions fetes. A més, si la falta de presentació dels documents fos imputable a la societat, es podrà exigir l'interès legal (art. 162.3.II LSA).

En relació amb el termini d'inscripció que exigeix l'art. 162.2 LSA, la jurisprudència ha declarat que no ofereix cap dubte: es computa des que es va obrir el termini de subscripció (termini que és imperatiu). Com destaca la Sentència del Tribunal Suprem de 30 de març de 1999, el fet que a la Junta s'acordi un termini de subscripció més o menys llarg no altera ni pot alterar la norma imperativa:

"No puede la Junta señalar un plazo de suscripción muy dilatado en el tiempo y pretender que se cumpla el imperativo legal más allá de los seis meses desde que se abrió el plazo de suscripción."

Així mateix, queda clar que el transcurs del termini no implica necessàriament la ineficàcia de l'acord d'augment del capital, ja que el que reconeix l'art. 162.2 LSA és un dret dels subscriptors a sol·licitar la restitució de les aportacions fetes. El termini no és límit temporal, consegüentment, de l'eficàcia de l'acord d'ampliació. Tampoc sembla que estableixi una obligació automàtica dels administradors de restituir les aportacions un cop hagi transcorregut el termini

dels sis mesos si no ho han demanat els subscriptors. No es produeix una restitució *ipso iure*. Si això és així, es possibilita que, fins i tot havent transcorregut el termini de sis mesos, es pugui inscriure l'augment del capital social.

Aquesta interpretació ha estat, a més, acollida plenament pel Tribunal Suprem en la Sentència de 30 de març de 1999, que declara que si (els subscriptors) no la demanen (la restitució de les aportacions) es podrà efectuar la inscripció de l'augment "aún después de transcurrido el plazo de seis meses", i afegeix que "en caso de que se ejerza dicha facultad se producirá la resolución y la restitución extrajudicial por acuerdo de las partes, que, si no lo hay, es preciso acudir al proceso y la declarará la sentencia; por tanto, hasta que ésta no se dicte y declare la resolución, no la hay y las que la demandan no van contra sus propios actos si siguen actuando y protegiendo sus intereses mientras tanto; en el momento que la sentencia la declare, tendrá efecto retroactivo, pero ello no empece que hasta este momento la situación jurídica inicial se mantenga".

És possible, per tant, una inscripció tardana de l'operació d'augment del capital social. En cas d'inscriure's en aquestes condicions, el subscriptor no podrà reclamar la restitució de les aportacions. Fora d'això, observeu que el fet que legitima els subscriptors a exigir la restitució no és que no s'hagi produït la inscripció, considerada en si mateixa, sinó la falta de presentació dels documents acreditatius de l'execució de l'augment al Registre Mercantil.

En el cas de les societats cotitzades, l'article 162.4 LSA estableix una normativa especial consistent en el fet que el registrador, d'ofici o a sol·licitud de qualsevol interessat, procedirà a cancel·lar la inscripció de l'acord d'augment del capital i remetrà certificació a la societat i a la Comissió Nacional del Mercat de Valors, quan hagi transcorregut un any des de la conclusió del període de subscripció sense que s'hagi presentat a inscripció al Registre Mercantil l'escriptura d'execució.

Finalment, s'han d'assenyalar algunes consideracions entorn de la naturalesa declarativa o constitutiva de la inscripció de l'augment del capital al Registre. Com que es tractava d'una qüestió controvertida tradicionalment entre els autors, el legislador hauria d'haver tancat la qüestió amb una declaració expressa. En absència d'una declaració taxativa, hi ha arguments molt estimables per a continuar defensant que **la inscripció al Registre Mercantil no té efectes constitutius**. No és, sens dubte, una qüestió pacífica, encara que és cert que la doctrina especialitzada ha optat per interpretar que la inscripció és purament declarativa [v., això no obstant, entre d'altres les RDGRN d'11 de gener, 28 de març, 17 d'abril, 25 d'octubre i 22 de desembre de 1995, de 4 de setembre i 29 de novembre de 1996, de 28 de gener i 4 d'abril de 1997]. L'acord d'augment del capital produirà els efectes que li són propis des de l'execució. Així, en l'esfera interna societat-socis, l'augment del capital projectarà els seus efectes des de l'execució (o, en el cas d'augment del capital amb càrrec a reserves, des de la seva adopció) i això sens perjudici de la facultat atorgada als accionistes d'exigir la restitució del que s'hagi aportat quan dins el termini de sis mesos, comptats a partir de l'inici del termini de subscripció, no s'hagin presentat al Registre els documents acreditatius de l'execució.

1.4. La reducció del capital social

1.4.1. Funció de garantia legal i reducció del capital social

Quan en una relació de dret d'obligacions sigui deutora una societat anònima, l'única garantia per als creditors socials serà el patrimoni social (art. 1911 CC), i els patrimonis personals dels socis quedaran fora de l'àmbit de l'acció dels creditors socials (art. 1 LSA).

Aquest tret tipològic de la societat anònima exigeix l'articulació de mecanismes normatius efectius orientats a excloure una eventual frustració de les expectatives dels esmentats creditors. Aquesta funció de *garantia legal* ha estat tradicionalment la finalitat de la disciplina del capital social i el que, certament, n'explica l'existència. En efecte, la disciplina del capital social constitueix primordialment un règim jurídic que persegueix una estricta vinculació jurídica dels fons propis aportats a l'empresa social, en tutela dels creditors i del tràfic jurídic enfront de la limitació de la responsabilitat dels socis.

En síntesi, es pot assenyalar que l'esmentada regulació no té una altra finalitat que determinar la quantia del patrimoni vinculat i garantir el seu coneixement per tercers, i també la seva correcta formació inicial i el seu manteniment o conservació efectiva al llarg de la vida social.

Enfront del privilegi de la responsabilitat limitada de l'accionista, els creditors tenen com a garantia legal la limitació de la facultat de disposició de la societat anònima deutora, ja que en aquesta, a diferència del deutor comú, els fons disponibles estan idealment reduïts pel contraassentament d'aquest passiu ideal del balanç que és, precisament, el capital social. Des d'aquesta perspectiva, la funció de garantia del capital social es materialitza en assegurar, en defensa de tercers, una presència constant d'un net patrimonial superior al passiu exigible igual a la xifra del capital nominal. Amb aquesta finalitat, el legislador espanyol ha establert una sèrie de mesures indirectes que pretenen el manteniment de la correspondència entre el valor del patrimoni net comptable i la xifra del capital social. Com hem esmentat, la primera de les mesures consisteix en el fet que l'import del capital nominal s'inscriu en el passiu del balanç, on, fix i invariable, actua com a *xifra de retenció patrimonial* de valors en l'actiu, i impedeix la distribució de dividendes quan el valor del patrimoni net sigui inferior a la quantia del capital subscrit [art. 213.2 LSA].

A més, en defensa d'aquest últim, i seguint els antecedents històrics, obliga a la constitució d'una reserva legal [art. 214 LSA] i, en consideració a l'equilibri exigít entre patrimoni net i capital social, ordena la reducció de la quantia d'aquest últim quan, com a conseqüència de pèrdues, el patrimoni net dismi-

nueix per sota de les dues terceres parts del capital i sempre que hagi transcorregut un exercici social sense haver-se recuperat el patrimoni [art. 163 i 168 LSA]. L'LSA, en compensació amb el principi de responsabilitat limitada, pot establir cauteles legals, que, en protecció dels creditors socials, persegueixin el manteniment d'un actiu social que excedeixi de l'import dels deutes contrets per la societat en una quantia igual a la que representa la xifra del capital nominal. Però és obvi que no es pot evitar que, en determinades circumstàncies, es produeixin pèrdues patrimonials greus que ocasionin una disminució o deteriorament que afecti, fins i tot, el patrimoni net vinculat i, en conseqüència, s'origini, en detriment dels creditors socials, un descobert perillós en la xifra del capital social. És en aquest cas on realment s'aprecia la funció de garantia que, malgrat els seus detractors, continua desenvolupant la disciplina del capital social i el més clar exponent de la qual està constituïda per la institució de la pèrdua greu del capital social.

En el sistema de conservació o manteniment continuat de la integritat del capital social, la peça normativa bàsica s'articula en els articles 260.1.4 i 262.5 LSA, preceptes que preveuen com a causa de dissolució obligatòria de la societat la reducció del patrimoni net comptable a una quantitat inferior a la meitat de la xifra del capital social, "a no ser que se aumente o reduzca en la medida suficiente".

Aquesta pèrdua greu del capital social no produeix la dissolució automàtica de la societat, ja que la Junta General d'Accionistes pot adoptar altres mesures alternatives a aquesta. El procediment previst en l'art. 262 LSA exigeix a més de l'existència de la causa legítima de dissolució, l'acord social o, en defecte d'aquest, la resolució judicial de dissolució.

La Junta General és aquí competent, en primer lloc, per a constatar l'existència de pèrdues que hagin disminuït el patrimoni net de la societat a una quantitat inferior a la meitat de la xifra del capital social i, en segon lloc, per a decidir la dissolució de la societat o la continuïtat de les activitats socials mitjançant adopció d'un acord de remoció (sanejament o regularització) de la causa de dissolució per pèrdues.

I, per això, amb aquesta finalitat, la llei preveu l'obligació dels administradors de convocar la Junta General d'Accionistes en el termini de dos mesos (262.2 LSA) i consagra, així mateix, la facultat de qualsevol accionista perquè requereixi als administradors a convocar la Junta General "si, a su juicio, existe causa legítima de disolución" (art. 262.2 *in fine* LSA), i la contravençió d'aquest requeriment pot donar lloc a la responsabilitat solidària d'aquells per tots els deutes socials. El mecanisme dissolutiu es reforça en reconèixer-se a "cualquier interesado" una acció de dissolució judicial en els casos en què l'òrgan d'administració incompleix l'obligació de convocatòria, quan s'origini

la impossibilitat d'aconseguir l'acord social (art. 262.2. i 3) o, finalment, quan la Junta General adopti un acord contrari a la dissolució de la societat [v. art. 262.3].

L'exercici de l'acció de dissolució judicial constitueix un dret per a qualsevol interessat i una obligació per als administradors de la societat, quan per qualsevol motiu no es va aconseguir l'acord social –de dissolució o de remoció– o quan aquest va ser contrari a la dissolució. El compliment d'aquesta obligació s'assegura mitjançant la previsió d'una sanció civil específica: la responsabilitat personal i solidària dels administradors pels deutes socials [art. 262.5 LSA; sobre l'esmentada responsabilitat v. 2.4].

1.4.2. Modalitats i procediments de reducció del capital

La reducció del capital social constitueix una modificació estatutària, perquè és una reducció de la xifra del capital social, que constitueix una de les mencions que obligatòriament han de contenir els estatuts.

Està sotmesa als requisits generals de la modificació d'estatuts [art. 164.1 LSA]. L'acord ha de contenir, en aplicació de l'art. 164.2 LSA, una sèrie de mencions mínimes: la xifra de reducció del capital, la finalitat de la reducció, el procediment, el termini d'execució i, si escau, la suma que s'hagi d'abonar als accionistes [v. art. 170 i s. RRM i RDGRN de 9 de maig de 1998]. Amb independència de la finalitat que persegueixi l'operació de reducció, l'acord de reducció s'ha de publicar al Butlletí Oficial del Registre Mercantil i en dos diaris de gran circulació a la província del domicili de la societat [art. 165 LSA i RDGRN de 8 de juny de 1995, de 30 d'octubre de 1998].

A la pràctica societària es pot constatar la utilització d'aquesta operació per a la consecució de diferents finalitats, que han estat consagrades legalment en l'article 163.1 LSA, a diferència de l'anterior regulació que feia referències parques i indicacions asistemàtiques a la finalitat de la restitució d'aportacions i condonació de dividendes passius (art. 98 LSA 1951) i al restabliment de l'equilibri entre el capital social i el patrimoni de la societat disminuït com a conseqüència de pèrdues (art. 99 LSA 1951). El legislador, en disciplinar els tipus de reducció, ha partit de la clàssica distinció entre reducció efectiva i reducció nominal del capital social, i ha introduït una notable racionalitat i ordre en el sistema de reducció del capital social.

Encara que resulta poc freqüent, la hipòtesi de capital exuberant o excessiu pot ser causa de la reducció del capital social.

Exemple

És el cas de les societats titulars d'una concessió administrativa, sotmesa a caducitat, l'explotació de la qual constitueix l'única activitat que integra l'objecte social, o de les societats l'únic objecte de les quals consisteix en l'alienació gradual del seu patrimoni, així les societats destinades a la construcció i venda d'un bloc d'habitatges, o a l'adquisició, urbanització i venda de parcel·les.

Atès l'excés en la magnitud de la xifra de retenció en què consisteix el capital social, l'operació de reducció constitueix un expedient necessari per a la devolució de les aportacions dels socis. De la mateixa manera que s'esdevé en aquells supòsits en què la reducció té la seva justificació en l'exercici del dret de separació, reconegut legalment, el legislador ha considerat necessari tutelar els creditors socials mitjançant el **reconeixement d'un dret d'oposició en les hipòtesis que la doctrina mercantil europea ha qualificat com a reducció efectiva o real**, en el sentit que es produeix un alliberament de béns de la societat i, consegüentment, una disminució del patrimoni social, per al seu lliurament als socis.

El mateix s'esdevé quan es produeix un alliberament o condonació dels dividends passius. El dret d'oposició no es fa necessari en els casos en què no es produeix la sortida, forçosa o voluntària, de béns amb destinació als socis, com succeeix en les hipòtesis, també previstes explícitament pel legislador, de reducció del capital com a conseqüència de pèrdues (art. 163, 168 i 260.1.4 LSA) o de reducció del capital que persegueix, sense més ni més, una ordenació de les partides del passiu no exigible, resultat que assoleix l'operació clàssica de reduir la magnitud del capital social per a procedir a la constitució o a l'increment de la reserva legal (art. 168 LSA). Ambdues modalitats de reducció del capital social s'integren a la categoria de la qualificada **reducció nominal o comptable**. En el cas de reducció del capital per a constituir o incrementar les **reserves voluntàries**, l'operació resulta efectiva o real, ja que, encara que no es produeixi un desplaçament d'elements patrimonials als socis, el que és cert és que es produeix una alteració del règim de la seva disponibilitat en la mesura que una part del patrimoni, d'un valor corresponent a les esmentades reserves, es podria distribuir lliurement entre els accionistes, la qual cosa explica que en aquest cas es reconegui als creditors el dret d'oposar-se a l'operació de reducció del capital social [art. 166 i 167 LSA].

Nota

En l'àmbit de les societats cotitzades s'afegeix actualment una hipòtesi legal de reducció del capital social: la reducció que té com a finalitat amortitzar accions rescatables, operació que està predeterminada de manera anticipada i que s'ha de fer segons les condicions previstes en l'acord d'emissió de les accions.

En l'àmbit dels procediments lícits per a dur a terme la reducció del capital social, el legislador ha previst els efectes que l'operació projecta sobre les accions. L'article 163.2 permet que la reducció es pugui articular "mediante la disminución del valor nominal de las acciones, su amortización o su agrupación para canjearlas". Es pot optar per qualsevol dels tres procediments, excepte en el cas de reducció del capital per pèrdues en què s'haurà de procedir mitjançant

la reducció del valor nominal de les accions (art. 164.4 LSA) a fi de salvar la igualtat de tracte dels accionistes, distribuint la disminució del patrimoni entre tots els socis, si bé respectant els privilegis que es van poder reconèixer a determinada classe d'accions, en especial, les accions sense vot (art. 91.2 LSA). L'article 164.2 LSA exigeix una interpretació restrictiva atesa la seva naturalesa excepcional, ja que permet, sota determinats requisits, la vulneració del principi d'igualtat de tracte entre els accionistes.

El **sistema d'agrupació i canvi d'accions** consisteix a disminuir el nombre d'accions mitjançant el canvi de les antigues per un nombre més petit de les noves, o estampillant amb un caixetí els antics títols i anul·lant-ne alguns.

En relació a l'agrupació d'accions per al seu canvi es discuteix sobre la situació dels accionistes que no tenen una participació suficient per a concórrer al canvi i, en general, el tractament d'aquells accionistes que no siguin titulars de fraccions exactes. La qüestió és si la Junta General pot acordar una mesura que representa la imposició d'una nova obligació a aquells socis que no són titulars d'un nombre suficient d'accions (per exemple, canvi de tres accions per una) o que no tenen fraccions exactes. Fem al·lusió a les noves obligacions en la mesura que es força el soci a la compra de les accions necessàries que li permetin d'impedir la pèrdua de la condició d'accionista o, sense més ni més, vendre les de la seva titularitat. Analitzant els riscos que comporta el procediment considerat, un sector destacat de la doctrina, vigint l'LSA 1951, només admetia la validesa de l'acord quan s'obtingués el consentiment de tots els socis afectats per l'agrupació i canvi d'accions. Amb tot, no ha estat aquesta la tesi majoritària, que reconeix a la Junta General la facultat d'acordar per majoria aquest procediment (art. 103 i 144 LSA).

Segons el nostre parer, l'admissió del sistema d'agrupació i canvi per acord majoritari, i sense consentiment dels accionistes potencialment afectats, constitueix una excepció legal a l'article 145 LSA. El legislador ha considerat prioritari el reequilibri patrimonial sobre l'interès individual de l'accionista afectat. S'ha de descartar que el legislador espanyol hagi volgut que el procediment només s'apliqui en el cas que tots els accionistes siguin titulars de paquets rodons d'accions quan de la pràctica societària es demostra que aquesta situació es produirà en rares ocasions. En qualsevol cas, si un accionista no pot comprar ni vendre, haurà de ser la societat la que adquireixi les accions sobrants reemborsant el seu valor al soci i amortitzant-les seguidament. Finalment, per al cas que l'accionista no hagi acudit al canvi, ha de resultar aplicable el que es va preveure en l'article 59 de l'LSA referent a la substitució de títols.

Precisament, el respecte al principi de tracte d'igualtat de tots els accionistes i el de la tutela del dret a no ser privat de la condició de soci explica els requisits als quals està sotmès l'**expedient d'amortització d'accions**. En el cas que l'amortització, acompanyada de la reducció del capital, impliqui reemborsament als accionistes i la mesura no afecti per igual totes les accions, el legislador espanyol exigeix "el acuerdo de la mayoría de los accionistas interesados" (art. 164.3, 144 i 148 LSA). L'exigència d'aquests requisits sembla justificada en la mesura que la reducció del capital articulat mitjançant l'amortització podria ser un expedient d'abús o discriminació per part dels accionistes majoritaris en detriment dels minoritaris [v. RDGRN de 23 de novembre de 1992 i, especialment, d'1 de març de 1999].

Quan l'amortització afecta un nombre determinat de títols trenca amb el principi d'igualtat de tracte entre els accionistes [v. art. 42 II Directiva 71/91/CEE, de 13 de desembre de 1976] per la senzilla raó que els titulars de les accions que s'han d'amortitzar es veuran exclosos de la societat, això és, es veuran privats de la condició de soci, o sofriran la disminució de la seva participació (si solament se li amortitzen part dels títols). L'exigència de l'acord de la majoria dels afectats se sotmet a la condició que l'acord de reducció no afecti per igual tots els accionistes. Afectarà per igual tots els accionistes si l'acord de la Junta preveu que tots els accionistes patiran l'amortització de part dels títols en la proporció que posseeixin, o en la hipòtesi prevista en l'art. 170 LSA en què la reducció del capital s'acorda com a conseqüència de la compra d'accions pròpies per a la seva amortització, ja que en aquest cas, a tots els accionistes se'ls reconeix el dret a la venda dels seus títols. Una qüestió d'extrema importància és la referent a la licitud de l'amortització d'accions mitjançant el sistema de sorteig. S'ha dit que aquest sistema de sorteig afecta per igual totes les accions i, per tant, no necessita la majoria especial que requereix l'art. 164.3 LSA. La idea és correcta, encara que admetem que a la pràctica resulta inexistent l'amortització amb sorteig amb la qual cosa difícilment es pot assolir una alteració intencionada a la composició de l'accionariat (això és, amortitzar determinades accions en poder del grup de socis minoritari). Ni tan sols l'amortització per sorteig té interès si el que es pretén és disminuir genèricament el nombre d'accions en circulació; amb aquesta finalitat, l'art. 170 LSA hi compleix àmpliament.

En realitat, l'article 164.3 LSA [com l'antic art. 100.2 LSA] es refereix al supòsit de fet en què l'amortització afecti un grup d'accions i, per això, fa referència a l'acord majoritari dels interessats i exceptua la necessitat de l'esmentat acord quan la mesura afecti per igual totes les accions. Com ja s'ha dit per doctrina autoritzada, "es la medida de la amortización misma la que debe afectar por igual a todas las acciones". Si el problema resideix a assegurar la igualtat de tracte dels accionistes, no s'infringeix aquest principi si el sistema pel qual se seleccionen les accions que s'han d'amortitzar situa tots els accionistes en la mateixa situació, bé perquè se'ls privi, a tots, del mateix percentatge d'accions, o bé perquè, com ja ha destacat un autor, "tots quedin subjectes al mateix risc".

L'acord dels socis afectats s'haurà d'adoptar en junta especial o mitjançant la votació separada a la Junta General [art. 148.2 LSA]. Resulta necessari que en l'anunci de la convocatòria [o, almenys, en l'informe dels administradors], s'identifiquin, per referència a la seva numeració (art. 53.1 LSA), les accions que es pretenen amortitzar. Aquesta identificació constituirà un supòsit imperatiu per a la vàlida constitució de la Junta especial o grup separat i afectat d'accionistes, encara que la individualització es torna de difícil realització per no dir impossible per al cas d'accions representades en anotacions en compte [v. art. 17.1, 18.1 i 19.1 de l'RD 116/1992], si el que es vol és amortitzar les accions en poder de determinats accionistes. No és així quan el que es vol és reduir el nombre d'accions en circulació, amb independència de la persona del titular, cas en què s'acudirà normalment a l'expedient de l'art. 170, que no exigeix cap votació separada, sinó un acte voluntari d'acceptació de l'oferta per part dels accionistes interessats.

Lectura complementària

Sobre l'amortització d'accions, com a operació que facilita l'adquisició d'accions dels accionistes minoritaris, complint les garanties corresponents, vegeu el treball de **Sánchez Rus**, "La amortización forzosa de acciones en el Derecho español", *RdS*, 11, 1999, pàg. 205 i s., amb ulteriors referències bibliogràfiques i legislatives.

Segons l'art. 164.3 LSA, és necessari "el acuerdo de la mayoría de los accionistas interesados, adoptado en la forma prevista en los art. 144 y 148". La qüestió pràctica que se suscita pels termes literals dels art. 148.1 i 164.3 LSA i art. 159.1 RRM és si estem en presència de majoria de socis o de capital. La nostra opinió és que es tracta de majoria de capital, això és, l'acord queda sotmès, a falta de norma estatutària, a les exigències de l'art. 103 LSA, segons el qual la majoria es computa sobre el capital present i representat.

Més complicacions se susciten entorn del concepte d'"accionistes interessats", ja que si, en principi, ho és qui, en definitiva, perd, amb l'amortització forçosa d'accions, la condició de soci, no sempre aquesta pèrdua constituirà perjudici, sinó que, en determinats casos, implicarà privilegi enfront dels que romanen en societat, que no podran, malgrat les circumstàncies adverses que concorrin, recuperar la seva inversió en la societat [v. el cas paradigmàtic que es preveu en l'STS de 17 de febrer de 1958]. I, per això, s'advoca per una interpretació lògica i sistemàtica de l'art. 164.3 LSA, exigint, segons una prèvia anàlisi de la hipòtesi prevista, l'acord de la Junta General i dues votacions separades, una per la majoria dels accionistes titulars de les accions que s'han d'amortitzar i una altra per la majoria de la resta dels socis que han de romandre en la societat.

Finalment, i en consideració a l'execució de l'acord de reducció del capital ex art. 164.3, el criteri de fixació de la quantia del reemborsament als accionistes que experimenten l'amortització de les seves accions serà el *valor real* de les accions i no la restitució del valor nominal d'aquestes, ja que del contrari se'ls privaria de la part proporcional de les reserves que els corresponen. En cas de cotitzar les accions en un mercat secundari oficial, el "valor de reemborsament" serà el preu de cotització mitjana de l'últim trimestre [v. aquest criteri en relació amb l'art. 147.2 LSA], en virtut del qual, "en otro caso, y a falta de acuerdo entre la sociedad i los interesados, el valor de las acciones vendrá determinado por el auditor de cuentas de la sociedad y, si ésta no estuviese obligada a verificación contable, por el auditor a tal efecto designado por el registrador mercantil de domicilio social".

1.4.3. La reducció nominal del capital social i els seus requisits legals

L'article 168 LSA exigeix determinades cauteles en les hipòtesis de reducció nominal, en concret, en la reducció del capital **com a conseqüència de pèrdues** i en la reducció **per a dotar la reserva legal**. Aquestes mesures tuitives constitueixen una compensació als creditors socials als quals no es reconeix, com hem tingut l'ocasió de raonar, el dret d'oposició [art. 166 i 167 LSA].

No hi ha reconeixement del dret d'oposició perquè, com ha destacat la doctrina autoritzada, en ambdues hipòtesis, els fons vinculats a la cobertura del capital social ja no existeixen per efecte de les pèrdues patrimonials sofertes per la societat, o, simplement, passen a cobrir una partida dels fons propis (la

reserva legal). Aquesta no representa menyscapte en les garanties per als creditors socials, ja que, en definitiva, la reserva legal té com a finalitat bàsica tutelar la xifra del capital social mitjançant la seva vinculació a la compensació de pèrdues [art. 214.2 LSA, en virtut del qual "la reserva legal, mientras no supere el límite indicado, sólo podrá destinarse a la compensación de pérdidas en el caso de que no existan otras reservas disponibles suficientes para este fin"].

En definitiva, la reducció del capital no es deixa de traduir, en la seva dimensió formal, en la disminució de la xifra estatutària del capital social, simplement, o acompanyada per un increment correlatiu de la partida de la reserva legal, i deixa, en ambdós casos, inalterada, en la seva dimensió material, la xifra del patrimoni net de la societat.

La reducció del capital per pèrdues s'ha justificat en doctrina mercantil en la necessitat de donar a la comptabilitat social una base real que acabi amb la ficció d'un capital aparent que, a causa de pèrdues patrimonials, no està cobert per un actiu suficient, de manera que, a manca d'aquesta mesura estrictament formal, els tercers que contractin amb la societat podien confiar enganyosament en una xifra que no s'adequa correctament a situació patrimonial real.

En aquest cas, l'exclusió del dret d'oposició xoca frontalment amb l'interès del creditor de veure reconstruït el patrimoni social amb els beneficis que eventualment pugui obtenir la societat en exercicis successius. Ocasionades les pèrdues, la reducció del capital social s'acaba convertint en un expedient que permet de salvar l'obstacle que representa la prohibició de repartir dividendes quan el patrimoni net és inferior a la xifra del capital social [v. art. 213.2 LSA]. En aquest cas, els creditors socials han de suportar el fet consumat de les pèrdues i la disminució de la xifra de garantia del capital social. La reducció fonamentada teòricament en la garantia dels creditors socials, però en realitat de futurs tercers contractants que, en la mesura possible, en contractar amb la societat, no solament tindran present la xifra del capital, sinó la totalitat dels fons propis d'aquesta, permet de reprendre el repartiment de dividendes sense que hagin entrat nous recursos patrimonials i sense que hagi disminuït l'import dels crèdits que hi hagi contra la societat. L'elecció del legislador té una lògica explicació, que salva l'objecció tradicional, procedent de la doctrina italiana. En els casos de reducció per a compensar pèrdues, el dret d'oposició s'exclou perquè:

"El acaecimiento de esta circunstancia constituye precisamente el riesgo que asumieron los acreedores al contratar con la sociedad [...] En cambio, respecto de los acreedores futuros resulta de la máxima importancia la fijación de un capital social que corresponda con la situación patrimonial real de la sociedad."

Llebot Majó (gener-març 1999), "La geometría del capital social", *RDM*, 231, pàg. 73.

Mitjançant l'anàlisi econòmica del dret feta per aquest autor, es comprova que la funció del capital social és la reducció dels costos d'organització "de las múltiples relaciones subministrando la información relevante para posibilitar la conclusión de relaciones óptimas", i evitar costos socials o externalitats negatives. I, per això, es facilita la reducció del capital per pèrdues voluntària [art. 167.1 LSA] i obligatòria [art. 163.1.2 i 167.1 LSA], i es nega als creditors el dret d'oposició, si bé s'exigeix el compliment d'una sèrie de requisits legals que pretenen garantir la base real de l'operació.

La reducció del capital per pèrdues està sotmesa a una sèrie de requisits generals. Així, correspon a la competència exclusiva de la Junta General, que l'ha d'adoptar segons els requisits previstos per a tota modificació estatutària [art. 164.1 i 144 LSA]. En la convocatòria s'han de consignar, amb la deguda claredat, "los extremos que hayan de modificarse" [art. 144.1.b) LSA], i la proposta modificativa s'ha de motivar pels administradors en un informe escrit [art. 144.1.a) LSA]. L'anunci de la convocatòria ha d'expressar el dret que correspon a tots els accionistes d'examinar al domicili social el text íntegre de la modificació proposada i de l'informe d'aquesta i de demanar el lliurament o la tramesa dels esmentats documents [art. 144. 1.c) LSA] i l'acord s'ha d'adoptar segons el quòrum qualificat ex art. 103 LSA [art. 144.1.d) LSA], inscriure al Registre Mercantil i publicar al BORME [art. 144.2 i 165 LSA] i en dos diaris de gran circulació a la província on la societat tingui el seu domicili [art. 165 LSA].

A més, l'LSA assenta, en l'àmbit de la reducció nominal, tres mesures de tutela de diferent signe:

1) La primera atén el principi d'igualtat de distribució de les pèrdues entre totes les accions ordinàries en proporció amb el seu valor nominal, amb l'excepció de les accions que continguin privilegis, com és el cas de les accions sense dret de vot. Aquestes accions solament quedaran afectades per la reducció del capital social per pèrdues quan la reducció superi el valor nominal de la resta d'accions [art. 91.2 LSA]. Amb aquesta mesura es protegeix, malgrat la discriminació entre accions ordinàries i privilegiades, el tracte d'igualtat entre els accionistes. En termes generals, s'ha d'admetre la creació de classes d'accions atípiques amb un dret divers en la participació en les pèrdues, sempre que no impliquin exclusió [ja que implicarien vulneració de l'art. 1691 CC, que prohibeix el pacte leoní], sinó solament postergació temporal en el patiment de les pèrdues.

2) La segona mesura consisteix en la prohibició de reduir nominalment el capital en presència de qualsevol classe de reserves voluntàries o quan la reserva legal, un cop efectuada la reducció, excedeixi del 10% del capital social. Si, en definitiva, els socis no opten per l'aportació de nous recursos propis (o, fins i tot, aportacions per a compensar pèrdues), les pèrdues hauran de ser compensades amb càrrec a les reserves de la societat o, si escau, els beneficis obtinguts en exercicis successius (art. 213.2.2 LSA).

Si, d'aquesta manera, no s'absorbeixen les pèrdues, es podrà reduir el capital social a fi de restablir el capital i el patrimoni net comptable de la societat [art. 163 i s. LSA], sense que els creditors socials tinguin reconegut el dret d'oposició ex art. 166 LSA [art. 167 LSA]. Observeu que la reducció del capital social és obligatòria només en el cas que les pèrdues hagin disminuït l'haver (*rectius*: patrimoni net comptable) per sota de les dues terceres parts del capital i hagi transcorregut un exercici social sense haver-se recuperat el patrimoni [art. 163.1.2 LSA].

Amb caràcter previ a l'esmentada reducció obligatòria, s'hauran de destinar les reserves a la seva compensació. En regular la reserva legal en l'art. 214, l'LSA fa referència al destí bàsic de les reserves: la finalitat essencial de la reserva legal és la "compensación de pérdidas en el caso de que no existan otras reservas disponibles suficientes para esta finalidad" (art. 214.2 LSA). L'art. 214.2 LSA té una rellevància extraordinària quan fixa un mínim ordre lògic de prelación entre les diferents reserves a l'objecte de compensar pèrdues.

Segons el criteri legal, s'imputaran, en primer terme, després de l'aplicació del romanent o beneficis d'exercicis anteriors, a la compensació de pèrdues, les reserves disponibles no excloses d'aquest destí per disposició legal o estatutària i l'excedent de la reserva legal i, després de l'esgotament d'aquestes, la reserva legal. L'ordre de prelación és clar en relació amb el binomi "reserves disponibles-reserva legal", però l'LSA no determina una clara ordenació de les reserves disponibles en ordre a la compensació de pèrdues. No hi ha una pauta legal que ens permeti de fixar una jerarquia legal a l'aplicació de les reserves disponibles, diferents a la legal. Es limita, simplement, a imposar un ordre de compensació que implica l'esgotament de les reserves disponibles previ al de la reserva legal. Amb tot, la referència a reserves disponibles no se circumscriu, com es podria interpretar, a les reserves voluntàries (terminologia emprada en l'art. 168 LSA), sinó que es tracta d'una noció més àmplia que també comprèn el compte de prima d'emissió [v. RDGRN de 31 d'agost de 1993], reserves estatutàries, reserva de capital amortitzat i l'eventual romanent d'exercicis anteriors.

3) La reducció és obligatòria (a diferència del que succeeix respecte a la societat de responsabilitat limitada en què sempre és voluntària, v. art. 82 LSRL) quan, com a conseqüència de pèrdues, l'haver de la societat disminueix per sota de les dues terceres parts de la xifra del capital social i no s'ha recuperat el patrimoni no obstant transcórrer un exercici social.

Quan l'art. 163 LSA fa referència a l'haver, s'ha d'entendre com a patrimoni net comptable. La pèrdua de les dues terceres parts del capital social s'ha d'identificar amb una situació de desequilibri entre el patrimoni net comptable i el capital social, consistent en el fet que, com a conseqüència de pèrdues, no compensades, si escau, amb reserves, el patrimoni net no cobreix els dos terços de la xifra del capital subscrit. S'han de tenir presents dos paràmetres comparatius de determinació comptable de la magnitud del desequilibri: d'una banda, el patrimoni net, que és el resultat de deduir del valor global de les partides de l'actiu la xifra del passiu exigible; de l'altra, el capital social subscrit íntegre, amb independència que estigui totalment desemborsat o no. Els dubtes que se susciten a la pràctica sobre la determinació del patrimoni comptable als efectes dels supòsits de reducció del capital social i dissolució de societats anònimes i limitades han estat resolts per la Resolució de l'Institut de Comptabilitat i Auditoria de Comptes, de 20 de desembre de 1996 [BOE de 4

de març de 1997]. Aquesta expressa clarament que les expressions *haver i patrimoni* "se refieren a un solo concepto, al que podría denominarse *valor patrimonial de la empresa*", això és, patrimoni comptable, que s'ha de fer tenint com a base "las magnitudes contenidas en las cuentas anuales y concretamente en el balance". També resol els dubtes que la doctrina mercantil i comptable plantejava en relació amb les magnituds que calia tenir en compte per al càlcul del patrimoni net comptable, especialment la referent als préstecs participatius.

Els esmentats préstecs als efectes de la reducció i dissolució obligatòries s'han de considerar, malgrat la seva naturalesa de passiu exigible, com a fons propis. Aquesta tesi es va acollir en l'art. 20 del Reial decret llei 7/1996, de 7 de juny, i s'adopta a efectes comptables a l'hora de determinar els criteris de càlcul del patrimoni comptable en la Resolució de l'ICAC de 20 de desembre de 1996, en virtut de la qual constitueixen partida computable en el patrimoni net comptable.

Segons la norma segona de l'esmentada Resolució, a l'efecte de calcular el patrimoni comptable es tindran en compte:

a) Amb signe positiu, els conceptes següents: fons propis recollits en l'agrupació A) del passiu del balanç, subvencions de capital, diferències positives de canvi recollides en l'agrupació, B) Ingressos que cal distribuir en diversos exercicis, del passiu del balanç, minorades en l'import corresponent de la despesa de l'impost sobre societats pendent de meritació, els ingressos fiscals per a distribuir en diversos exercicis, els préstecs participatius ex art. 20 RD Llei 7/1996, recollits en les agrupacions D) Creditors a llarg termini i E) Creditors a curt termini.

b) Amb signe negatiu, s'inclouran les accions o participacions pròpies que apareguin en l'actiu del balanç dins les agrupacions B) Immobilitzat i D) Actiu circulant.

Les pèrdues es verificaran, per tant, mitjançant els comptes anuals o un balanç de comprovació, l'especialitat dels quals respecte al balanç d'exercici consisteix només en el diferent moment (curs de l'exercici) en què s'elabora pels administradors, es verifica pels auditors i s'aprova per la Junta General, però els criteris de valoració seran els mateixos que els destinats per la llei al balanç d'exercici i, en general, al conjunt dels comptes anuals, que s'han de redactar amb claredat i ha de mostrar la imatge fidel del patrimoni, de la situació financera i dels resultats de la societat [art. 172 LSA, v. Resolució de l'ICAC de 20 de desembre de 1996].

El balanç és extraordinari no en el sentit que s'hagi de redactar atenent criteris de valoració diversos als ordinaris, sinó únicament perquè s'ha d'elaborar en un moment diferent, això és, quan les pèrdues arriben o haurien hagut d'arribar, d'acord amb la seva diligència, a coneixement dels administradors.

Consegüentment, el balanç que serveixi de base a l'operació s'haurà de redactar segons valors comptables històrics i no de mercat o de liquidació.

Recordeu, d'altra banda, que la revalorització lliure d'actius està prohibida llevat que una llei l'autoritzi expressament [així, RDL 7/1996, de 7 de juny, que admet en el seu art. 5 l'actualització als balanços d'elements patrimonials de l'immobilitzat material que es trobin efectivament en estat d'ús i utilització i que no es trobin fiscalment amortitzats, i permet que el saldo del compte es pugui destinar a l'eliminació de resultats comptables negatius].

Així mateix, l'excedent de l'actiu sobre el passiu que pugui resultar de la reducció s'haurà d'atribuir a la reserva legal sense que pugui arribar, segons l'art. 168.3 LSA, a superar la desena part de la nova xifra del capital. La reducció no pot, en cap cas, donar lloc a reemborsaments als socis ni condonació de dividendes passius.

Nota

La literalitat en l'art. 168.3 és certament confusa. Aquesta norma no pot significar que el patrimoni net restant, després de la reducció, que cobreix el nou capital, s'hagi de destinar a la cobertura de la reserva legal. El precepte solament resulta comprensible si ens trobem en una hipòtesi en què la reducció supera l'import de les pèrdues. En aquest cas, es produeix un excés que s'ha de portar a la reserva legal sense que aquesta superi el 10%, i es prohibeix el reintegrament de l'excedent als socis, també la condonació de dividendes passius i, encara que no ho digui el precepte, la constitució de reserves voluntàries.

1.4.4. La reducció efectiva del capital social i el dret d'oposició com a tècnica de tutela dels creditors socials

L'article 166 LSA reconeix, en les hipòtesis de reducció efectiva o real, als creditors un dret a oposar-se a la reducció fins que se'ls garanteixin els crèdits no vençuts en el moment de la seva publicació.

De la literalitat del precepte, s'ha defensat raonablement en doctrina que, en realitat, es tracta més que d'un dret d'oposició, d'un dret a suspendre l'execució de la reducció acordada mentre no es proveeixin de garanties adequades els crèdits desproveïts d'aquestes. Fins a aquest moment, l'operació no es podrà inscriure al Registre Mercantil.

Els creditors no poden impedir que l'operació es dugui a terme, ja que la seva eficàcia no depèn de la seva voluntat unilateral. El legislador ha traslladat a l'àmbit societari (tant en la reducció del capital com en les operacions de fusió i escissió) una tècnica comuna de tutela preventiva del crèdit, dotada d'especialitats (precisament, el caràcter especial exclouria l'admissió d'altres mecanismes tuitius, així es defensa en doctrina l'exclusió en aquests casos d'una acció revocàtoria o pauliana quan concorri el supòsit bàsic d'aquesta en

els art. 1111 i 1291.3 CC.) El reconeixement d'un dret d'oposició no deixa de ser una translació del sistema de protecció dels creditors en seu de reducció del capital.

En aquest sentit, recordeu que el Codi civil, a propòsit de les obligacions a termini, prescriu la pèrdua del dret del deutor d'utilitzar el termini quan per actes propis del deutor s'haguessin disminuït les garanties establertes a favor del creditor (art. 1129.3 CC). En aquest precepte, la solució acollida és similar: se substitueixen les garanties "por otras nuevas e igualmente seguras", dicció que es tradueix en l'àmbit de la legislació societària per "prestación directa de garantía satisfactoria". Quan la reducció del capital social implica una disminució de la garantia dels creditors socials, opera el dret d'oposició.

En el nostre sistema legal, s'atorga la tutela als creditors socials en els supòsits en què la societat acorda una reducció efectiva o real del capital social, com es desprèn fàcilment de la lectura de l'art. 167 LSA que determina les hipòtesis d'exclusió del dret d'oposició, compreses en el tipus global de reducció nominal. En la reducció efectiva, la fracció ideal o retinguda del patrimoni social canvia el seu règim d'indisponibilitat. I, per això, aflora un dret d'oposició dels creditors de la societat, que veuen disminuïda potencialment la garantia suplementària en què consisteix el capital social. A aquest efecte, és irrellevant que la quota patrimonial alliberada del vincle del capital es reparteixi entre els socis, es destini a altres finalitats o es mantingui en el patrimoni social, però amb un grau d'afectació diferent. Conseqüentment, la mesura tuitiva es justifica en consideració a la funció de garantia del capital social, ja que no resulta dubtós que, disminuïda la xifra del capital social, la xifra de retenció comptable en què consisteix disminueix alhora i allibera una fracció de l'actiu net de la societat que estarà en condicions de ser distribuït lliurement entre els accionistes.

Ara bé, des d'una rigorosa anàlisi econòmica del dret, el professor Llebot defensa sòlidament que:

"El fundamento del derecho de oposición no se encuentra pues en la función de garantía del capital social sino en la finalidad de evitar que los socios exploten *ex post* a los acreedores porque no toman parte en la decisión de reducir el importe del capital social. La función de garantía llevada a sus ultimas consecuencias imputaría el coste de oportunidad de los recursos generando una externalidad. Parece claro, por tanto, que el capital social en todo momento únicamente desempeña la función de reducir los costes de organización de las diversas relaciones presentes en una empresa que adopta el tipo de sociedad anónima."

Llebot (1999, gener-març). "La geometría del capital social". *RDM*, 231.

Amb la finalitat de determinar els supòsits en què opera el dret d'oposició, el legislador ha optat per la tècnica negativa de delimitació de l'àmbit objectiu. En aquest sentit, l'article 167 LSA estableix clarament les hipòtesis d'exclusió del dret d'oposició, que són les incloses tradicionalment en la categoria doctrinal de la reducció nominal o comptable. L'exclusió opera en aquests casos perquè amb la reducció no s'alliberen de l'haver social elements patrimonials,

amb la qual cosa no queda disminuïda la garantia dels creditors socials. Aquesta situació es produeix quan la reducció té com a finalitat restablir l'equilibri entre el capital i el patrimoni net de la societat com a conseqüència de pèrdues (art. 167.1 i 260.1.4 LSA), constituir o incrementar la reserva legal (art. 167.1 i 214 LSA) i quan la reducció es faci amb càrrec a beneficis o a reserves lliures o per via d'amortització d'accions adquirides per la societat a títol gratuït (art. 167.3 LSA).

En el primer cas, la reducció del capital per pèrdues es justifica en la necessitat de donar a la comptabilitat una base real que acabi amb la ficció d'un capital aparent, ja que, a causa de pèrdues, el capital nominal no està cobert per un actiu suficient, de manera que, a falta d'aquesta mesura estrictament formal, els tercers que contractin amb la societat poden confiar enganyosament en una xifra de capital que no s'adequa a la situació patrimonial real. L'operació té com a objectiu el sanejament comptable de les pèrdues patrimonials de la societat i, a diferència dels casos de reducció efectiva, no hi ha un alliberament de fons patrimonials.

Dret d'oposició

El dret d'oposició es reconeix tant en la reducció facultativa (art. 163.1 LSA) com en l'obligatòria (art. 163.1.II i 260.1.4 LSA). Aquesta mesura es justifica, per tant, en interès dels (futurs) creditors socials i, això no obstant, en perjudici dels creditors actuals. Això no obstant, els tercers, quan contracten amb la societat, no solament examinen la xifra del capital social, sinó la totalitat dels fons propis i particularment les pèrdues que procedeixen d'exercicis anteriors acumulades als seus estats financers. Malgrat que no es produeix un alliberament de fons patrimonials, sí que s'ha d'advertir sobre els perills que, per als creditors actuals, genera l'operació, ja que, com va denunciar la doctrina italiana, la reducció es converteix, a la pràctica, en un expedient per a salvar l'obstacle que representa la prohibició de repartiment de dividendes quan el patrimoni net comptable és inferior a la xifra del capital social. Els creditors socials veuen disminuir la garantia legal que comporta la disciplina del capital social, garantia que, sobre la futura reconstrucció del patrimoni social, implica la prohibició de repartir dividendes en la mesura que l'actiu net sigui inferior al capital social. La reducció, fonamentada en garantia dels creditors socials, però, en realitat, dels tercers futurs contractants de la societat, permet de reprendre el repartiment de dividendes sense que hagin entrat nous recursos patrimonials i sense que hagi disminuït l'import dels crèdits que hi ha contra la societat. Amb tot, l'operació està sotmesa a una sèrie de requisits objectius que pretenen garantir l'existència real de les pèrdues que han ocasionat el desequilibri patrimonial i han provocat una distorsió en la funció informativa del capital social.

En el segon cas, l'oposició dels creditors s'exclou quan la reducció té per finalitat la constitució o increment de la reserva legal. En aquesta hipòtesi, la reducció del capital no va acompanyada, tampoc, d'una disminució patrimonial, sinó d'un mer transvasament de comptes, consistent en el fet que l'import de capital reduït es traspasa a la reserva legal, que, de la mateixa manera que la xifra de capital, constitueix una partida imperativa del passiu inexigible que actua com a xifra de retenció comptable de valors de l'actiu i que està subjecta a un règim jurídic d'indisponibilitat en defensa del capital social i, consegüentment, en defensa dels creditors socials.

El règim de disponibilitat

El règim de disponibilitat de la reserva és, certament, restringit. Els valors assignats a l'esmentada reserva solament es podran disposar per a compensar pèrdues o, com ja hem tingut ocasió de comentar, per a acordar un augment del capital amb càrrec a la reserva legal [art. 157 LSA]. Com s'ha manifestat recentment en doctrina, el patrimoni roman

invariable i els fons desafectats no ho són en benefici dels accionistes, que no poden disposar d'aquesta reserva lliurement ni oposar-se a la seva dotació, sinó per a constituir o, si escau, incrementar, una partida dels fons propis que opera com a xifra de retenció patrimonial.

Tanmateix, de la mateixa manera que succeeix en relació amb la reducció per pèrdues, la disminució de la xifra del capital social té efectes potencialment perillosos en relació amb els creditors actuals de la societat, ja que, com succeeix amb tot tipus de reducció nominal, la reducció de la xifra del capital social facilita un futur repartiment de dividends entre els accionistes i l'inicial límit de la reserva legal disminueix, ja que el nivell o percentatge obligatori d'aquesta, el 20%, ho és en relació amb la xifra del capital social resultant (art. 214.1 LSA).

Així mateix, es produeix automàticament un increment del percentatge, la qual cosa permet que l'excés de reserva sobre el 20% es pugui destinar al repartiment de dividends. Aquest risc, que es produeix tant en la reducció per pèrdues com en la reducció per a constituir o incrementar la reserva legal, s'ha pretès pal·liar per part del legislador espanyol, seguint les solucions acollides en altres ordenaments nacionals (v. par. 229-231 AktG i art. 33 de la Segona directiva) mitjançant una sèrie de mesures substitutives del dret d'oposició, previstes en l'article 168 LSA.

Finalment, l'article 167.3 LSA exclou el dret d'oposició quan:

"la reducció se realice con cargo a beneficios o a reservas libres o por vía de amortización de acciones adquiridas a título gratuito."

En totes dues hipòtesis, la reducció del capital es fa amb càrrec al patrimoni lliure, amb la qual cosa es dedueix que l'operació no és perjudicial per als creditors socials.

En el primer supòsit, estem en presència d'una reducció del capital social per amortització, total o parcial, del valor nominal d'accions rescatat amb fons procedents de reserves lliures o beneficis pendents d'assignació.

En el nostre sistema legal, com s'esdevé en l'ordenació alemanya (par. 237 AktG), l'ús de fons de reserva o de beneficis per a reemborsar el valor nominal de les accions o per a rescatar accions amb la finalitat de procedir a la seva amortització posterior obliga a la reducció del capital social. Es procedeix a l'execució material de l'acord emprant beneficis o reserves lliures, a fi de restituir als accionistes l'import total o parcial de les aportacions fetes, o per a adquirir accions pròpies en circulació.

En els dos casos previstos legalment **quedaran afectats elements patrimonials vinculats a la cobertura de capital**, ja que, en el primer, la reducció es fa amb càrrec a reserves lliures o a beneficis pendents d'assignació i, en el segon, les accions que la societat amortitzarà han estat posades a la seva disposició a títol gratuït i, per tant, sense necessitat d'una prèvia adquisició de les accions amb fons propis vinculats. Amb tot, la quota reduïda del capital s'ha de destinar a la constitució d'una reserva especial de la que només serà possible disposar amb els mateixos requisits previstos per a la reducció del capital social [art. 167.3 LSA], de manera que la reserva no es podrà utilitzar sense que es reconegui un dret d'oposició als creditors socials, excepte per al cas de

compensació de pèrdues o d'augment del capital. La constitució d'aquesta reserva constitueix un mitjà de defensa dels creditors socials, substitutiu del dret d'oposició, que s'exclou *ex lege*.

Del que s'ha vist fins aquí, s'ha de concloure que el dret d'oposició té el seu ple àmbit objectiu en les hipòtesis de reducció efectiva.

Aquesta afirmació necessita, tanmateix, una precisió més gran, ja que hi ha algunes hipòtesis que han generat a la pràctica societària dubtes sobre la seva vertadera naturalesa. No hem d'objectar res, en principi, en relació amb algunes hipòtesis que, en la delimitació de les finalitats, determina l'article 163.1, en què es dedueix, amb tota claredat, que el dret d'oposició s'ha de reconèixer als creditors titulars de crèdits socials no garantits.

Es tracta de les hipòtesis de reducció de capital amb devolució d'aportacions, amb condonació de dividendes passius o fons vinculats que es destinen a constituir o incrementar reserves voluntàries. En tots aquests casos, en una mesura més o menys gran, es desvincula una fracció del patrimoni que s'allibera a favor dels socis o, simplement, es converteix en disponible per a la societat.

La polèmica se suscita en altres casos en què es produeix una sortida d'elements patrimonials de la societat a favor dels socis, i la reducció del capital social constitueix una conseqüència obligatòria per a la societat. Aquesta situació s'origina en la reducció del capital per exclusió del soci, en la reducció de capital per separació de l'accionista i en la reducció del capital per amortització d'accions pròpies.

Així, en primer terme, quan el soci incompleix, d'una manera tempestiva, la seva obligació de pagar els dividendes passius, la societat podrà, segons els casos i atesa la naturalesa de l'aportació no efectuada, reclamar el compliment de l'obligació de desemborsament, amb abonament de l'interès legal i dels danys i perjudicis causats per la morositat, o alienar les accions per compte i risc del soci morós (art. 45 LSA).

En cas de no poder-se efectuar la venda, les accions del soci morós s'han d'amortitzar,

"con la consiguiente reducción del capital, quedando en beneficio de la sociedad las cantidades ya percibidas por ella a cuenta de la acción."

Article 45.2. *in fine*.

Atès el silenci legal, es planteja si, en aquests casos, els creditors disposen d'un dret d'oposició de la reducció, conseqüència de l'amortització o anul·lació d'accions del soci morós.

L'argument esgrimit per un rellevant sector de la doctrina italiana, amb la intenció de negar als creditors el dret d'oposició, sostingut en el fet que, tant en la reducció per pèr-

dues com en la reducció en cas de morositat del soci, en la societat hi ha una situació de perjudici irreparable, especialment un cop aquesta ha intentat tant el cobrament com la venda de les accions no alliberades, que obliga a l'anul·lació de les accions mitjançant una reducció sense disminució patrimonial efectiva, ha estat prou contestat, segons el nostre parer, en la nostra doctrina, amb un al·legat inqüestionable, segons el qual la reducció del capital en aquest cas pot permetre a la societat la sostracció, respecte del seu actiu net vinculat, d'una quantitat igual, com a mínim, al 25% del valor nominal de les accions amortitzades, i es produeix, consegüentment, una disminució real del capital. Aquest problema exigeix un tractament en consideració a la utilització, després de la reducció del capital, dels fons aportats pel soci morós. Si la societat decideix que els esmentats fons (que es corresponen amb la quantia desemborsada pel soci que va incomplir amb els dividends passius) es distribueixin com a dividends entre els socis o acorda la seva imputació a reserves lliures, s'ha de reconèixer als creditors socials la possibilitat que exercixin el seu dret d'oposició amb tota plenitud. En canvi, ens sembla que no es pot activar l'esmentat dret quan la societat acorda traspasar la quota a la partida de reserva legal per a completar-la o, simplement, opta per augmentar el capital social amb càrrec a l'esmentat compte, ja que, en aquests casos, no s'aprecia cap perjudici, sinó benefici als creditors de la societat que veuen reforçats els fons propis vinculats en garantia dels seus crèdits.

Una hipòtesi legal que presenta dubtes similars és la referent a la reducció del capital per amortització de les accions del soci que se separa de la societat en determinades hipòtesis legals. En els casos de transformació de societat anònima en una societat col·lectiva o comanditària, simple o per accions (art. 225 LSA), i en els de substitució de l'objecte social (art. 147 LSA) i trasllat del domicili social a l'estranger (art. 149.2.II LSA), es reconeix al soci dissident i a l'accionista sense vot el dret a separar-se de la societat. Perdut l'interès del soci en la societat, manifestat en l'exercici del dret de separació en les condicions establertes legalment, la societat està obligada a reemborsar les accions, amb l'amortització prèvia d'aquestes i la consegüent reducció del capital social.

Un altre cop aflora l'antiga qüestió sobre la necessitat de prevaler la tutela dels creditors socials enfront de l'interès dels socis, reconeixent en aquest cas l'activació del dret d'oposició d'aquells enfront de la reducció obligatòria, conseqüència de l'exercici del dret de separació. A aquest efecte, la doctrina és majoritària a defensar que en aquests casos els creditors socials estan protegits enfront del pagament de la quota que correspon a la separació. El cert és que, almenys d'acord amb l'art. 161.2 *in fine* RRM, es reconeix l'operativitat del sistema de garantia dels creditors socials enfront de l'operació de reducció en els casos d'exercici del dret de separació del soci. Segons la norma esmentada:

"En los casos en que los acreedores hubieran ejercitado el derecho de oposición, no podrán reembolsarse las acciones hasta que la sociedad no preste las garantías oportunas."

Article 161.1. LSA

Aquest reconeixement descansa bàsicament en el fet que ens trobem en presència d'una reducció efectiva o real del capital social.

Finalment, en seu de reducció del capital social per amortització d'accions pròpies, es torna a qüestionar la necessitat de tutela dels creditors socials. Com han destacat els autors, l'adquisició derivativa d'accions pròpies per part d'una societat anònima pot conduir a una reducció del capital o resultar la conseqüència d'aquesta a fi de amortitzar-les.

La reducció del capital de la societat adquirent pot ser netament voluntària (art. 77. a) LSA) o imperativa per a la mateixa societat com a conseqüència de l'aplicació del règim sancionador previst per a les adquisicions fetes en infracció de la normativa. Així, si la societat no procedeix a l'alienació tempestiva, això és, en el termini màxim d'un any, de les accions (v. articles 76.1 i 78.1 LSA), l'entitat societària haurà d'acordar l'amortització de les accions i la consegüent reducció del capital a sol·licitud de l'òrgan d'administració o de qual-sevol interessat (art. 76.1, 2 i 3 i 78.2 LSA). Compartim la tesi segons la qual, s'haurà de reconèixer el dret d'oposició únicament en el cas que la societat opti per una reducció efectiva o real, això és, quan la societat decideixi imputar la quota de capital reduïda a reserves de lliure o plena disposició. No és així en la hipòtesi que la companyia opti per una reducció nominal (així, imputar la quota de capital reduïda a la reserva legal o a la reserva de capital) o es tracti simplement d'accions adquirides a títol gratuït *inter vivos* o *mortis causa* [v. art. 77.c) en relació amb l'art. 167.3 LSA]. En el cas que la societat no pogués dotar la reserva prescrita en la norma 3a. de l'article 79 LSA (art. 75.3 LSA), el resultat és que no haurà adquirit les seves accions amb càrrec a beneficis o reserves lliures, sinó amb fons patrimonials vinculats. Es tractaria d'una reducció de capital efectiva i s'hauria de reconèixer als creditors el dret d'oposició.

Els **legitimats actius** per a l'exercici del dret d'oposició són els creditors socials titulars de crèdits **no vençuts i anteriors a la data de publicació de l'últim anunci de l'acord de reducció del capital**. A més, els crèdits **no s'han d'estar adequadament garantits**.

Aquests són els tres únics límits legals que el legislador estableix per a l'exercici legítim del dret d'oposició. Atès que la publicació de l'acord de reducció del capital (art. 165 LSA) posa en coneixement de tercers, futurs creditors de la societat, la nova xifra del capital social, la tutela es concentra en aquells creditors que van confiar en la xifra del capital social en el moment de contractar amb la societat (creditors contractuals) o que van esdevenir creditors extracontractuals (titulars d'un dret d'indemnització per danys), anteriorment al moment en què poden conèixer que la societat ha acordat la reducció del capital social.

El moment de coneixement és la data en què es compleixin les tres publicacions legals *ex art. 165 LSA*. Fins aquell moment, s'ha de presumir que els creditors no tenen coneixement de l'acord de reducció del capital social, presumció *iuris tantum*. Aquest criteri permet de resoldre casos que aparentment poden generar dubtes quant a la seva solució. Així, el creditor que esdevé titular d'un crèdit després de l'adopció de l'acord, però abans que es compleixin els tres anuncis i que tingui coneixement d'aquell, no té legitimació per a formular oposició en aplicació extensiva del principi de bona fe, completat amb les prescripcions previstes en els art. 21.4 C de C i 18.4 RRM.

Presumpció *iuris tantum*

Es presumeix que els creditors no tenen coneixement de l'acord de reducció del capital social fins a la data en què es compleixin les tres publicacions legals (*ex art. 165 LSA*).

En segon lloc, els crèdits tutelats són els que no estiguin vençuts a la data de l'última publicació de l'anunci de reducció del capital, i mancaran de l'esmentada protecció els crèdits vençuts. Aquests crèdits no necessiten garanties, sinó el pagament, que el creditor podrà reclamar per les vies ordinàries. Per als crèdits no vençuts, l'article 166 actua de manera paral·lela a l'art. 1129.3 CC.

Finalment, els crèdits no s'han de trobar ja garantits adequadament, com es dedueix segons l'article 166.1.II *in fine* LSA.

"No gozarán de este derecho los acreedores cuyos créditos se encuentren ya adecuadamente garantizados."

L'expressió utilitzada en l'art. 166.1.II substitueix la de *creditors ordinaris* (que roman, tanmateix, en la regulació de les societats de responsabilitat limitada, v. art. 81 LSRL), que havia donat lloc a un intensa polèmica doctrinal sobre l'abast de la terminologia emprada.

La tutela no es pot estendre als creditors que van obtenir garanties del pagament del seu crèdit. En principi, aquestes s'han de presumir suficients per a garantir el pagament al creditor; aquesta presumpció s'ha de considerar *iuris tantum* i, per tant, no impedirà que aquest, en consideració a les circumstàncies que concorrin, pugui demostrar la insuficiència de la garantia.

En relació amb els **creditors tutelats**, s'haurà d'estar també a la posició jurídica d'aquests. No es pot reconèixer de manera indiscriminada el dret d'oposició a tot creditor. Així, davant d'un crèdit sotmès a condició, s'haurà de distingir si es tracta d'una **condició resolutòria** o **suspensiva**.

En el primer cas, i per aplicació de l'art. 1113.2 CC, el creditor podrà exercitar el dret d'oposició, ja que, com disposa el precepte mencionat, serà exigible tota obligació que contingui condició resolutòria, sens perjudici dels efectes de la resolució. Amb tot, si s'ha exercitat el dret d'oposició i es compleix la condició, han de quedar sense efecte les garanties constituïdes per a la tutela del crèdit condicionat.

La solució ha de ser diferent respecte al crèdit sotmès a condició suspensiva. Davant el debat doctrinal que ha propiciat aquesta qüestió, ens adonem que la solució positiva és la que ha de prevaler, ja que el titular d'un crèdit sotmès a condició ho és d'un dret eventual i no d'una mera expectativa. Des d'aquest punt de vista, una altra vegada resulta rellevant portar a col·lació l'art. 1121.1 CC, segons el qual el creditor pot, abans del compliment de la condició, exercitar les accions procedents per a la conservació del seu dret.

Quant als crèdits que derivin d'un contracte sinal·lagmàtic, compartim la tesi que distingeix la hipòtesi de compliment íntegre de la prestació o incompliment d'aquesta. Si l'incompliment del contracte l'origina el creditor, la societat podrà oposar al creditor que exigeix garanties adequades en vista de la reducció efectiva del capital social, l'*exceptio de non adimpleti contractus* o, si escau, la resolutòria.

Té un particular interès la situació dels obligacionistes com a creditors especials de la societat.

Segons l'art. 289 LSA, s'exigeix el consentiment del sindicat d'obligacionistes per al cas que s'acordi la reducció del capital social o l'import de les reserves i disminueixi la proporció inicial entre la suma del capital o les reserves i la magnitud de les obligacions pendents d'amortització, consentiment que no és necessari quan s'acordi un augment del capital amb càrrec als comptes de regularització i actualització de balanços o a les reserves.

Ara bé, si s'hagués garantit l'emissió amb les garanties enumerades en l'art. 284 LSA, no es necessita el consentiment del sindicat d'obligacionistes, concretament: hipoteca mobiliària o immobiliària, penyora de valors dipositats en un banc oficial o privat, garantia de l'Estat o de les comunitats autònomes, província o municipi i aval solidari d'un banc oficial o privat o de caixa d'estalvis [art. 284.2].

Atès que els seus crèdits estan prou garantits, ni es requereix per a la reducció del capital social el consentiment del sindicat d'obligacionistes ni tampoc no poden quedar aquests creditors especials legitimats per a l'exercici del dret d'oposició.

La conclusió ha de ser la contrària si, al contrari, ens trobem davant d'una emissió d'obligacions no garantida o una emissió coberta per garanties diferents a les explicitades anteriorment. Com assenyala la doctrina autoritzada, s'han de tenir en compte per a valorar l'eventual legitimació dels obligacionistes a exercir el dret d'oposició la situació en què es trenca la proporció esmentada abans i el sindicat d'obligacionistes autoritza l'operació de reducció del capital social.

En aquesta hipòtesi se suscita si, no vetada l'operació de reducció efectiva del capital social, els obligacionistes es podrien oposar com a creditors amb la finalitat que se'ls garantissin els seus crèdits. La resposta no pot ser una altra que l'afirmativa, ja que la finalitat de l'Assemblea d'Obligacionistes no és una altra que la de facilitar l'exercici dels drets dels obligacionistes mitjançant una acció conjunta en interès comú [v. respecte a l'exercici de les accions judicials per part del comissari, els art. 300 i 303.1 LSA], que faci innecessària l'acció individual, i no pas lesionar o restringir les accions o defenses individuals.

El límit funcional a les competències de l'Assemblea permet una interpretació racional de l'art. 302 LSA, segons el qual:

"Las acciones judiciales o extrajudiciales que correspondan a los obligacionistas podrán ser ejercitadas individual o separadamente cuando no contradigan los acuerdos del *Sindicato dentro de su competencia* y sean compatibles con las facultades que al mismo hubiesen conferido."

Consegüentment, l'Assemblea d'Obligacionistes podrà autoritzar l'operació de reducció del capital social, però no està legitimada per a prohibir als seus membres, els obligacionistes, l'exercici individual del dret d'oposició.

S'han de tenir presents consideracions similars quant a la hipòtesi d'obligacions convertibles en accions. Segons l'art. 294.3 LSA, la Junta General d'Accionistes no podrà acordar la reducció efectiva del capital social (mitjançant restitució d'aportacions o condonació de dividends passius) mentre hi hagi obligacions convertibles, llevat que, amb caràcter previ i garanties suficients, s'ofereixi als obligacionistes la possibilitat de fer la conversió.

Amb aquesta finalitat, serà necessari que l'Assemblea d'Obligacionistes aprovi la suficiència de les garanties de conversió o, en cas contrari, que es declari judicialment que aquestes garanties són suficients.

Una última hipòtesi que s'ha de plantejar entorn de la legitimació per a l'exercici del dret d'oposició és la dels fiadors de la societat.

La doctrina que ha tractat aquest problema nega la legitimació al fiador en absència d'una norma expressa que li reconegui, ja que no és creditor en sentit estricte, ni tan sols s'admet l'aplicació de l'art. 1843 CC. Amb tot, s'accepta la possibilitat que el fiador compeli el creditor directe perquè sigui ell el que presenti l'oposició o li cedeixi el dret per al cas que no ho faci, en aplicació de l'art. 1852 CC.

El legislador no ha establert un procediment o uns requisits formals a fi d'exercitar el dret d'oposició a la reducció efectiva del capital social. En tot cas, sembla del tot lògic, atesos els termes generals en què es pronuncia el legislador, que la Junta General no pugui obligar els creditors a seguir un determinat procediment. Consegüentment, el creditor podrà procedir a notificar a la societat la seva intenció d'oposar-se a la reducció del capital social. Amb tot, tractant-se d'una qüestió tan delicada, resulta del tot aconsellable (encara que hi ha altres mitjans que es poden utilitzar com el correu certificat o la presentació al domicili de carta d'oposició, amb còpia d'aquesta, en què consti justificant de recepció de l'original) que la notificació es faci per escrit mitjançant el requeriment notarial oportú, donant feaença pública que aquesta es va fer en el termini fixat legalment, això és, dins el mes a comptar des de la data de l'últim anunci de l'acord de reducció del capital social, termini que, si es computa segons els criteris fixats en l'art. 5 CC, es considera de caducitat i no de prescripció

El dret d'oposició implica la *suspensió* de l'acord de reducció del capital social acordat. Així s'han d'entendre els termes de l'article 166.3 LSA, que, a diferència de l'art. 98 LSA 1951, no expressa que sigui *null* el pagament o alliberament de dividends passius. Per a la societat, l'efecte essencial és la necessitat de la

prestació d'una garantia que satisfaci el creditor o bé, la prestació de fiança solidària a favor de la societat per entitat de crèdit degudament habilitada per a prestar-la, per la quantia del crèdit del qual sigui titular el creditor i fins que no prescrigui l'acció per a exigir-ne el compliment. Els problemes s'originen quan la societat no aconsegueix la garantia bancària, la qual cosa força el conveni amb el creditor i es pot, de comú acord, satisfer el crèdit [v. art. 170 RRM]. No hi ha cap raó per a no admetre la licitud d'un conveni que satisfà plenament la finalitat que persegueix en aquest extrem la llei. Hi pot haver, per tant, el pagament anticipat al creditor, directe o per subrogació, interpretació que avala l'art. 170 RRM, en fer menció aquest precepte a la satisfacció dels crèdits per part de la societat, com una eventual constància en l'escriptura de reducció del capital social.

1.5. La reducció i ampliació simultànies del capital social.

L'"operació acordió" com a tècnica de sanejament empresarial

En l'àmbit de les estratègies de sanejament empresarial, l'**operació acordió** és la més utilitzada. Aquesta no solament es fa servir davant de situacions de pèrdua del capital social, sinó, fins i tot, davant de situacions de pèrdues patrimonials que han generat el desbalanç patrimonial de la societat (patrimoni net negatiu).

L'esmentada **operació acordió** consisteix, normalment, en una reducció del capital prèvia, que té com a finalitat compensar pèrdues, seguida d'una ampliació subscripta per alguns socis, que confien en la superació de la crisi financera, o, el que serà més habitual, per tercers inversors, que solen tenir la condició de creditors de la societat.

En aquest últim cas, l'augment del capital ho serà per compensació de crèdits [v. art. 156 LSA]. Amb aquesta finalitat, caldrà excloure el dret de subscripció preferent dels accionistes segons la interpretació restrictiva o, si es prefereix, finalista de l'article 169. A la pràctica societària no és infreqüent que, incursa la societat en una situació concursal, la mesura de superació de la crisi sigui una reducció per pèrdues acompanyada d'un augment del capital social simultani per compensació de crèdits. D'altres vegades l'operació s'utilitza en l'àmbit preventiu o preconcursal, i evita la dissolució obligatòria de la societat [art. 260.1.4 LSA].

Els dubtes sobre la licitud d'aquesta operació, que es van suscitar en un passat recent en els autors i en la jurisprudència [v. les clàssiques STS de 16 de maig de 1967 i de 25 de novembre de 1985] han estat resoltos en bona mesura pel reconeixement explícit de l'art. 169 LSA, precepte que estableix que l'acord de reducció del capital social a zero o per sota de la xifra mínima legal només es podrà adoptar quan simultàniament s'acordi la transformació de la societat

Lectura complementària

Vegeu, per tots, **Menéndez**, "Saneamiento de la Empresa y derecho de suscripción preferente", a *Estudios en homenaje al profesor Justino Duque*, pàg. 499 i s.

o l'augment del capital fins a una quantitat igual o superior a l'esmentada xifra legal [v. les RDGRN de 21 de febrer de 1991, de 9 de maig de 1991, de 9 d'octubre de 1993, de 28 d'abril de 1994, de 16 de gener de 1995, de 19 de maig de 1995].

La norma s'ha de relacionar amb l'exigència d'un capital mínim [art. 4 LSA] i amb l'establiment en la nostra LSA d'una causa legal de dissolució consistent en la reducció del capital per sota del mínim legal [art. 260.1.5è, LSA]. L'article 169 LSA constituiria una exigència del principi de fixació del capital social i, especialment, de l'imperatiu capital social mínim. Com s'ha destacat recentment en doctrina:

"La norma al garantir que al final de la operació la sociedad contarà con un capital social al menos de importe igual al capital social mínimo satisface la referida lógica (del capital mínimo) evitando cualquier obstáculo a la manipulación del capital social".

Llebot, "La geometría del capital social", cit., pàg. 74 i s.

Així mateix, l'autor citat apunta que la funció del capital social no queda afectada per la disciplina de l'operació acordió, sinó que més aviat la reforça en la mesura que mitjançant aquesta operació la societat pot, evitant els costos de la dissolució, ajustar la xifra perquè es correspongui amb la realitat patrimonial tant en els casos obligatoris com de manera voluntària. En relació amb la disciplina a la qual quedarà subjecta l'operació, s'ha d'afirmar que serà la que correspongui segons els efectes que persegueixi o comporti, i també segons la naturalesa de les contrapartides patrimonials que es facin. I, per això, els autors han defensat una marcada naturalesa neutral de l'operació acordió. Per tant, la tècnica de l'operació acordió es presenta com a neutra, això és, sense limitacions tant pel que fa a la finalitat com al contravalor de l'ampliació del capital social.

Aquesta operació "clàssica" es dota d'un *caràcter unitari* [v. ja aquesta qualificació a STS de 16 de maig de 1967 que declara que "el procedimiento está compuesto de dos actos recíprocamente unidos y condicionados"]. En el cas de pèrdues, l'operació s'instrumenta amb una reducció nominal o comptable del capital amb la qual s'aconsegueix l'eliminació (total o parcial) del desequilibri patrimonial, i amb un simultani augment del capital que implica l'entrada de nous recursos patrimonials o la capitalització de crèdits contra la societat. Malgrat la tipificació legal de la reducció i augment simultanis del capital, es continuen suscitant alguns problemes interpretatius.

Així, una primera qüestió que planteja la disciplina és **si és necessari l'acord unànim dels socis** o, si al contrari, **n'hi ha prou amb l'acord de la Junta General adoptat amb els requisits previstos per a qualsevol modificació estatutària** i, per tant, els quòdrums *ex art. 103*. Estant en vigor l'LSA 1951, es va suscitar la polèmica doctrinal amb partidaris a favor d'una tesi i de l'altra.

Lectura complementària

J.O. Llebot (1999). "La geometría del capital social", cit., pàg. 75.

Davant el nou text legal, l'exigència de la unanimitat no té base o fonament legal. No sembla que comporti excepció al principi majoritari ex art. 93 LSA, com encara pretenen els escassos partidaris de la tesi de la imperativa unanimitat. Aquests incorren en un greu error de concepte o, si es prefereix, en una premissa errònia, ja que consideren que l'accionista té dret a conservar, en qualsevol cas, la seva condició d'accionista, sense que es pugui condicionar la seva permanència en la societat a una nova subscripció. Aquesta exigència, segons aquesta tendència doctrinal, el consentiment individual, ja que s'imposen noves obligacions al soci.

Aquesta interpretació atorga a qualsevol accionista un dret de vet sobre l'operació (o participen tots els accionistes o l'empresa social s'enfonsa definitivament). Compartim l'opinió de la doctrina majoritària que rebutja que sigui necessària la unanimitat, ja que es tracta d'una solució desmesurada, valoració que es pot constatar perfectament en la hipòtesi de concurrència de pèrdues. Així, la tesi de la unanimitat no aprecia una cosa que és òbvia, però que no resulta ocios recordar aquí: el risc que assumeix el soci en les pèrdues està limitat a la seva aportació. La reducció a zero no constitueix, de cap manera, un cas de privació il·legítima de la condició d'accionista, sinó una manifestació de la seva participació en les pèrdues de la societat fins al límit de la seva aportació (principi de distribució limitada del risc).

Si del que es tracta és d'evitar la denominada *exclusió de les minories molestes*, no s'ha d'oblidar que el legislador ha establert dos mecanismes de tutela del soci. D'una banda, **es reconeix el dret de subscripció preferent**, que, segons l'article 169 LSA, "en todo caso [...] habrá de respetarse [...]", expressió que s'haurà d'interpretar, segons el nostre parer, de manera restrictiva (v. II). De l'altra, **en la hipòtesi de pèrdues, garanteix la realitat comptable d'aquestes mitjançant l'exigència d'un balanç verificat pels auditors de la societat o, si no en té, pel nomenat pels administradors** (art. 168 LSA) [v. RDGRN de 31 de març de 1993 que exigeix expressament un balanç auditat, v. també RDGRN de 23 de febrer de 2000].

Amb tot, en aquesta polèmica doctrinal ha intervingut la DGRN en la Resolució de 9 de maig de 1991 declarant que:

"La exigencia de consentimiento unánime de todos los socios para acordar esa operación [...] no puede ser mantenida en aquéllas hipótesis en que la reducción a cero del capital viene impuesta por su pérdida íntegra [...] y el acuerdo sólo puede ser posible si precede un balance que acredite resultado cero."

En aquest sentit, la DGRN en la seva Resolució de 19 de maig de 1995 destaca que:

"Frente al derecho de los socios a una eventual cuota de liquidación prevalece el interés social en el mantenimiento de la empresa."

Ni tan sols el dret a la quota de liquidació del soci que no vulgui col·laborar en la reconstitució patrimonial constitueix obstacle a la tesi de l'acord majoritari, ja que la llei considera preferent l'interès social de "revitalitzar" la societat sobre l'interès del soci a una hipotètica quota. La realització d'un desemborsament és simplement la condició que ha de complir perquè les seves accions no es converteixin definitivament en lletra morta.

Certament, la reducció del capital pot ser imposada per l'existència de pèrdues [art. 163.II i 260.1.4 LSA], però també pot portar causa d'altres hipòtesis de reducció obligatòria del capital. Així succeeix en els casos d'**amortització d'accions els titulars de les quals hagin incorregut en mora** (art. 45.2 LSA), en què s'hagi exercit el dret de separació (art. 147.3 i 149.2 LSA) o en l'**amortització d'accions pròpies** (art. 76.2 i 78.2 LSA).

Si es redueix a zero el capital social o per sota del mínim legal, serà necessari augmentar simultàniament el capital fins a una quantitat igual o superior a la xifra mínima de 60.101,21 euros o transformar la societat [art. 169.1]. Si la societat pateix desbalanç pot resultar aconsellable invertir els termes de l'operació acordió augmentant prèviament el capital i, així, eliminar la situació d'insolvència de la societat i reduint-lo seguidament almenys a una xifra igual a la del capital mínim [v. RDGRN de 21 de febrer de 1991]. Encara més, no hi ha cap impediment legal perquè una sola junta pugui acordar un sanejament "en cadena" o "progressivament" mitjançant diverses i successives operacions acordió.

L'article 169.1.II LSA estableix que:

"En todo caso habrá de respetarse el derecho de suscripción preferente de los accionistas."

Aquest incís planteja l'interrogant de si, en els casos de reducció i augment del capital simultanis, es pot excloure el dret de subscripció preferent mitjançant un acord de la Junta General segons l'art. 159.1 LSA. L'afirmació que en l'operació acordió els accionistes han de disposar sempre d'un dret de subscripció preferent s'ha de matisar. No es tracta ja que de *lege ferenda* la prohibició de l'exclusió del dret de subscripció ens sembli desencertada, sinó que no veiem la raó que precisament en aquesta hipòtesi no pugui actuar l'exclusió acordada per la Junta General en consideració a l'interès social en el sanejament de l'empresa social. El que succeeix és que la prohibició no es pot aplicar a tota operació acordió, sinó només a les hipòtesis de reducció a zero o per sota del capital mínim. La instrumentació del sanejament financer mitjançant una operació acordió que no impliqui una reducció del capital a zero o per sota del mínim legal no s'ha de veure obstaculitzada per la interdicció d'exclusió del dret de subscripció preferent. En aquest cas, resulta clar que es podrà excloure mitjançant un acord de la Junta General emparat en l'interès social.

D'una banda, l'eficàcia de l'operació de reducció del capital a zero o per sota del mínim legal dependrà de les diferents finalitats de la reducció i del contravalor de l'augment en la mesura que ens trobem en presència, *a priori*, d'una operació funcionalment neutra. L'operació acordada es configura en l'art. 169 com a unitària, això és, legalment l'eficàcia de la reducció acordada es condiciona a l'execució de l'acord d'augment del capital [art. 169.2 LSA]. De l'altra, la inscripció de l'acord de reducció al Registre Mercantil no es podrà practicar llevat que es presenti a inscripció l'acord d'augment del capital, i també la seva execució [art. 169.3 LSA].

1.6. La reducció mitjançant adquisició d'accions pròpies

La reducció del capital que es preveu en l'art. 170 té naturalesa *voluntària*, a diferència d'altres hipòtesis en què l'amortització d'accions és resultat de l'obligatorietat de la disminució del capital social [v. art. 76.1 II, 78.2, 164.3 LSA, v. la distinció en l'DGRN de 9 de gener de 1998]. L'art. 170 LSA no preveu una modalitat diferenciada de reducció, sinó més aviat una execució especial de l'acord. Segons l'DGRN de 9 de gener de 1998, hi ha dues vies per a l'amortització d'accions:

"Una, partiendo del acuerdo de reducción y, una vez adoptado y en ejecución del mismo, procediendo a la adquisición de las acciones que se han de amortizar; la otra, siguiendo el orden inverso, adquiriendo previamente las acciones propias y acordando con posterioridad, la reducción del capital mediante su amortización."

L'LSA regula totes dues possibilitats sense establir cap connexió entre aquestes, amb conseqüències difícilment volgudes pel legislador. Així, els administradors solen adquirir a la pràctica accions de determinats accionistes per a després amortitzar-les fins i tot en compliment del deure legal d'amortització forçosa d'autocartera, vulnerant el principi de paritat de tracte en la fase prèvia.

Adoptat l'acord de reducció del capital social segons les formalitats i requisits de l'art. 164 LSA i complint-se amb la publicitat *ex art.* 165 LSA [i un cop s'hagi complert amb les previsions de l'art. 166, en cas de trobar-nos davant d'una reducció efectiva] entrarà en aplicació l'art. 170.

La realització o execució de l'acord de reducció del capital social adoptat per la Junta General exigirà que els administradors ofereixin la compra **a tots** els accionistes [art. 170.1 LSA].

Tingueu en compte que l'operació es facilita quan no està subjecta a les limitacions i cauteles que l'LSA preveu en matèria d'autocartera, ja que segons l'art. 77 LSA, que preveu les hipòtesis de lliure adquisició de les pròpies accions o les de la seva societat dominant, no serà d'aplicació "lo dispuesto en los artículos anteriores" en el cas que "las acciones propias se adquieran en ejecución de un acuerdo de reducción del capital adoptado por la Junta general de la sociedad".

L'oferta d'adquisició en el cas d'accions de societats cotitzades està sotmesa a les especialitats establertes a l'RD 1197/1991, de 26 de juliol, sobre règim de les ofertes públiques d'adquisició d'accions. A aquest efecte, l'art. 9 RD 1197/1991 disposa que:

"Cuando la reducción del capital de una sociedad cotizada se realice mediante la compra por ésta de sus propias acciones, será de aplicación, sin perjuicio de los requisitos mínimos previstos en el art. 170 de la Ley de sociedades anónimas, lo establecido en el presente decreto."

Això té com a conseqüència fonamental en la posada en pràctica de l'operació una contradicció normativa sorprenent que s'hauria de resoldre amb una reforma urgent de la regulació. En aquesta **execució especial** de l'acord de reducció, la preocupació del legislador resulta clara, ja que no té una altra pretensió en regular la figura d'aquesta oferta d'adquisició d'accions pròpies que la de garantir la **paritat de tracte entre els accionistes**.

Amb aquesta finalitat, s'exigeix que l'oferta de compra es dirigeixi a tots els accionistes, encara que aquella pot afectar una classe d'accions, cas en què requereix raonablement l'acord separat dels socis afectats [art. 170 i 148 LSA]. La norma no és clara i pot portar a una confusió a l'interpret, ja que en aquesta operació els perjudicats o afectats no són els titulars de la classe d'accions que la societat pretén adquirir sinó la resta dels accionistes als quals no se'ls proposa la compra de les seves accions. I, per això, el que és més lògic és que l'acord separat sigui el de la classe o classes d'accions a les quals no es dirigeix la compra. Si l'acord de reducció hagués d'afectar solament una classe d'accions, s'haurà de respectar en relació amb les restants el que s'ha establert en l'article 148.

Malgrat els termes literals i contradictoris de l'art. 170 LSA, la proposta de compra s'ha de concebre en sentit tècnic jurídic com una oferta sotmesa a la condició suspensiva que el nombre d'acceptacions no excedeixi de la quantia fixada per la societat oferent. I, per això, un cop que els titulars d'accions l'adquisició de les quals pretén la societat accepten les condicions de l'oferta, la societat queda vinculada, amb l'especialitat que un excés d'acceptacions obligarà els administradors a utilitzar el mecanisme legal de prorrateig previst en l'art. 170. A aquest efecte, s'ha d'assenyalar que el criteri acollit per a la seva posada en pràctica és molt discutible, ja que, a diferència del sistema determinat per a l'adquisició d'accions de societats cotitzades [art. 29 de l'RD 1197/1991, sobre règim d'ofertes públiques d'adquisició d'accions], s'ha optat per beneficiar l'accionista que tingui un nombre més gran d'accions, i s'han rebutjat altres alternatives més racionals i dotades de més certesa com la de l'accionista que ofereixi més accions en venda. Conseqüentment, quan es produeixi un excés d'oferta de venda d'accions es reduiran automàticament les ofertes per cada accionista **en proporció amb el nombre d'accions la titularitat de les quals exerceixi**.

Amb tot, pot succeir que es produeixi la situació contrària a la prevista anteriorment, això és, que s'origini una insuficiència d'acceptacions a l'oferta i no es cobreixi quantitativament la proposta d'adquisició emesa per la societat. La regla per a resoldre aquesta circumstància és que "s'entendrà que el capital queda reduït en la quantitat corresponent a les accions adquirides [...] a no ser que en l'acord de la Junta o en la proposta de compra s'hagués disposat una altra cosa".

No obstant la literalitat del precepte, ens sembla molt dubtós que l'oferta de compra elaborada pels administradors pugui modificar l'acord de la Junta General o suplir-lo en cas de silenci d'aquesta. Compartim la tesi d'una interpretació restrictiva de l'article 170.5 LSA en el sentit que solament per acord de la Junta General es pot determinar que l'operació de reducció del capital social quedarà sense efecte si no s'assoleix un nombre d'accions determinades [v. aquesta solució en l'art. 30 RD 1197/1991]. En aquesta hipòtesi legal, es restituiran els documents lliurats als accionistes, i les despeses de devolució correran a càrrec de la societat.

L'oferta està subjecta, a més, a uns requisits de publicitat especials amb l'objectiu d'assegurar el coneixement de les condicions de compra:

1) Un de **caràcter genèric**: la proposta de compra ha de ser objecte de publicació durant el termini d'un mes al BORME i en dos diaris de gran circulació a la província en què la societat tingui el seu domicili. Els termes de l'art. 170 LSA són amplis i l'únic que pretén és que a l'anunci apareguin "todas las menciones que sean razonablemente necesarias para la información de los accionistas que deseen vender" (per exemple, nombre i, si escau, classes d'accions, preu de compra, etc.), i també les conseqüències que es derivin de no assolir les accions ofertes el nombre fixat en l'acord.

2) Un altre **singular** o **substitutiu** que atén a l'existència d'accions nominatives, cas en què els estatuts poden preveure que la publicació de la proposta se substitueixi per la tramesa d'aquesta a cada un dels accionistes, "computándose el plazo de duración del ofrecimiento desde el envío de la comunicación". No sembla absurd que es pugui suscitar el cas controvertit que un o més accionistes titulars d'accions nominatives no rebin la comunicació de la proposta de compra, situació que planteja el seu abast entorn de la nul·litat de l'oferta de compra. Malgrat que s'haurà d'estar a les circumstàncies del cas en concret, el que és cert és que una conseqüència semblant pot resultar injusta als accionistes que van acceptar l'oferta i van rebre el preu de les seves accions després de la venda.

Potser el més raonable és considerar que l'adquisició és vàlida, sens perjudici que l'accionista pugui exercitar l'acció de responsabilitat contra els administradors socials per a reparar el dany sofert sempre que, com resulta obvi, es compleixin els supòsits de l'acció individual [art. 135 LSA].

Quant al tancament de l'operació, el número 6 de l'art. 170 disposa que:

"Las acciones adquiridas por la sociedad deberán ser amortizadas dentro del mes siguiente a la terminación del plazo de ofrecimiento de compra."

Una altra vegada, s'ha de fer un esforç interpretatiu d'un article confús en els seus termes. Segons el nostre parer, el sentit lògic de la disposició és que les accions afectades per l'operació *hauran de ser adquirides i amortitzades* per la societat dins el mes següent a l'acabament del termini de l'ofertament de compra, la qual cosa significa que, un cop acabat aquest, la societat té un mes per a informar els accionistes sobre el resultat de l'operació, per a procedir a l'adquisició de les accions, lliurar als accionistes el preu d'aquestes i acordar-ne immediatament l'amortització. En la inscripció de la reducció es farà constar, entre altres circumstàncies, "la identificación de las acciones que se amorticen" [art. 172.2 RRM].

2. Les modificacions estructurals

2.1. Introducció

Les modificacions estructurals constitueixen operacions societàries complexes susceptibles de modificar la composició patrimonial de les societats participants i també d'alterar de manera essencial la distribució del capital entre els socis i afectar les relacions jurídiques entre les societats participants i els seus creditors.

No hi ha un tractament unitari o una disciplina única de les modificacions estructurals, sinó un règim especial destinat a les tres operacions societàries clàssiques: la **transformació social**, la **fusió** i l'**escissió de societats**. A aquest règim jurídic dediquem les pàgines que segueixen.

2.2. La transformació social

La transformació és el canvi de forma d'una societat mercantil en una altra mitjançant un acord de la Junta General de Socis complint amb els requisits exigibles per a la constitució de la societat resultant.

El canvi de forma no comporta pèrdua de la personalitat jurídica. La societat continua subsistint sota la nova forma o tipus social i l'acord de transformació no pot alterar la participació dels socis en el capital de la societat.

A canvi de les accions que desapareixen per la transformació, els antics accionistes tenen dret que se'ls assignin quotes o participacions proporcionals al valor nominal de les accions posseïdes per cada un d'ells. La tutela dels creditors és una preocupació patent del legislador: els socis que amb la transformació assumeixen responsabilitat il·limitada respondran de la mateixa manera dels deutes anteriors.

En canvi, els socis que passen a millor condició (responsabilitat limitada), continuaran responnent il·limitadament dels deutes socials anteriors i limitadament dels posteriors a la inscripció registral de la transformació social.

Amb tot, i malgrat la subsistència de personalitat jurídica (això és, la inexistència de novació subjectiva de la deutora), l'art. 32.3 de la LAU reconeix el dret del llogater a elevar la renda a la societat arrendatària transformada com si s'hagués produït el traspàs del local de negoci.

El **canvi de forma o tipus social** és competència exclusiva de la Junta General de Socis, segons el quòrum previst en l'art. 103 LSA; acord que s'haurà de publicar tres vegades al BORME i als diaris de gran circulació a la província on la societat tingui el seu domicili (art. 224.2 LSA, v., amb tot, la RDGRN de 17 de juny de 1992 que considera suficients dos anuncis al diari i un al BORME).

L'LSA permet la transformació de societat anònima en societat col·lectiva, comanditària o de responsabilitat limitada (art. 223 LSA).

Llevat de disposició legal en contra, qualsevol transformació en una societat de tipus diferent als esmentats serà nul·la. S'ha de destacar, en aquest sentit, l'art. 69 de la Llei de cooperatives estatal de 27 de juliol de 1999 que admet la transformació de societats cooperatives en societats civils o mercantils de qualsevol classe.

A la pràctica societària, la transformació més freqüent ha estat i continua essent la de societat anònima en societat de responsabilitat limitada. En aquesta hipòtesi, els accionistes que no hagin votat a favor de l'acord no quedaran sotmesos, durant un període de tres mesos des de la publicació de la transformació al BORME, al que es disposa en els articles 29 i s. de l'LSRL, referent al règim de la transmissió de les participacions socials (art. 226 LSA). La transformació es farà constar en escriptura pública, que s'inscriurà al Registre Mercantil i que contindrà les mencions exigides per la llei per a la constitució de la societat la forma de la qual s'adopti (art. 216 RRM) i el balanç general tancat el dia anterior al de l'acord, la relació dels accionistes que hagin fet ús del dret de separació i el capital que representin, i també el balanç final tancat el dia anterior al de l'atorgament de l'escriptura (art. 227 LSA). La inscripció de la transformació al Registre Mercantil té efectes constitutius.

En el cas de transformació d'una societat anònima en societat col·lectiva o comanditària simple o per accions, l'acord obliga exclusivament als socis que hagin votat a favor de l'acord de transformació (art. 225.1 LSA i 219 RRM). En canvi, els accionistes que no van assistir a la Junta General o que no van votar a favor podran obtenir el reemborsament de les seves accions en la forma prevista per a la substitució de l'objecte social, si en el termini d'un mes des de la data de l'últim anunci de l'acord de transformació no s'hi adhereixen per escrit. En aquest cas, es considera que hi ha voluntat de separació dels socis de la societat.

Quan la transformació ho és de societats col·lectives, comanditàries o de responsabilitat limitada en societats anònimes, l'operació no representa l'alliberament de responsabilitat il·limitada, personal i solidària dels socis

Nota

En la pràctica societària, la transformació més freqüent ha estat i continua essent la de societat anònima en societat de responsabilitat limitada.

col·lectius o comanditaris respecte dels deutes socials contrets anteriorment a la transformació de la societat, llevat que els creditors socials hagin consentit expressament la transformació (art. 232 LSA).

2.3. La fusió i escissió

La fusió i l'escissió constitueixen les principals modificacions estructurals de les societats quan operacions societàries complexes.

La **fusió** respon a una estructura concreta que determina que només hi ha fusió quan es compleixen una sèrie de condicions:

1) Extinció de totes les societats participants (això és, fusió per constitució d'una nova societat, v. art. 233.1 LSA) o de totes menys una (això és, fusió per absorció, art. 233.2 LSA). En aquesta última s'extingeixen totes les societats participants menys una (la societat absorbent) que augmenta el seu capital (excepte en el cas d'absorció de societat íntegrament participada, v. art. 250 LSA) per a rebre el patrimoni i els socis de les societats extingides.

2) Participació directa dels socis de les societats extingides en el capital de la societat absorbent o nova en quantia equivalent a la que tenien en la societat de la qual eren socis.

3) Transmissió universal o integració patrimonial total en la societat absorbent o nova dels patrimonis de cada una de les societats participants. La societat absorbent o nova integra al seu patrimoni la totalitat del patrimoni actiu i passiu de cada una de les societats extingides. La fusió és títol de transmissió universal o en bloc, v. art. 233 LSA, i no resulten aplicables les normes del dret civil de novacions d'obligacions i contractes.

L'**escissió** constitueix una operació societària complexa que representa la divisió del patrimoni de la societat de manera que una part d'aquest patrimoni pugui servir per a constituir una o diverses societats o tingui lloc la seva absorció per una altra o altres societats preexistents amb participació directa dels socis de la societat escindida en les societats beneficiàries de les parts del patrimoni de la societat escindida. Té l'efecte, excepte en determinats casos, de successió universal o transmissió en bloc de les relacions jurídiques atribuïdes a les diferents societats beneficiàries.

Dins l'escissió, se'n poden destacar dues classes: l'escissió total i l'escissió parcial.

L'**escissió total** té entre els seus efectes l'extinció de la societat escindida. El seu patrimoni es divideix en dues o més parts, cada una de les quals es traspasa en bloc a una altra societat (o societats) de nova creació o a una altra societat

preexistent (escissió per absorció). En aquesta, els socis tenen dret a participar en totes i cada una de les societats beneficiàries en proporció a la participació que tenien en la societat escindida i extingida (art. 252.2 LSA).

En l'**escissió parcial**, la societat escindida no s'extingeix per virtut de l'escissió, continua existint encara que amb part del seu patrimoni segregat a favor de la societat o societats beneficiàries. La part de patrimoni segregada ha de configurar una unitat econòmica.

D'altra banda, l'atribució que ha de lliurar la societat o societats beneficiàries de l'aportació patrimonial de la societat parcialment escindida ha de consistir en accions o participacions que seran atribuïdes directament als socis d'aquesta última. L'escissió parcial no comporta reducció obligatòria del capital de la societat escindida.

La fusió i l'escissió són operacions complexes que exigeixen l'observança estricta d'un procés ordenat de realització d'actes; procés en què es poden distingir tres fases: preparatòria, decisòria i executiva.

La **fase preparatòria** comprèn un conjunt d'actes i negocis necessaris per a proposar a la Junta General de Socis de les societats participants l'adopció dels acords de fusió o d'escissió. En aquesta fase, al marge del protocol de l'operació, els òrgans d'administració de les societats han de preparar o formular el projecte de fusió o d'escissió. El projecte de fusió o escissió és un document formulat i subscrit pels administradors de les societats participants que es presentarà a les respectives juntes de socis a fi de proposar l'adopció de l'acord de fusió o escissió. El projecte de fusió té un contingut mínim taxat legalment (art. 235 i 255 LSA) que és el que s'estima indispensable perquè els socis de les societats participants puguin fer un judici fonamentat sobre l'operació que es proposa i emetin el seu vot de manera conscient. Un cop aprovat, el projecte de fusió o escissió és vinculant per als administradors en la fase d'execució de l'operació societària.

El contingut comú i obligatori del projecte per a la fusió i l'escissió es conté en l'article 235 LSA:

- 1) Denominació, forma, domicili i dades registrals de les societats participants (v. art. 418 RRM).
- 2) Tipus de canvi de les accions o participacions, excepte en el cas de societats íntegrament participades (art. 250.1 LSA).

La societat resultant d'una fusió o les beneficiàries d'una escissió han d'augmentar el seu capital o constituir-lo en proporció amb el valor del patrimoni net procedent de les societats fusionades o escindides. El tipus de canvi

és l'element referencial per a determinar les accions o participacions de la societat nova o absorbent al lliurament de la qual es tindrà dret per cada una de les accions o participacions de les societats fusionades o escindides en el capital de la societat resultant o beneficiàries. Amb el tipus de canvi es tutela el dret dels socis de les societats participants. Aquest tipus de canvi es determina segons el principi d'equivalència (art. 247.1 LSA): el soci té dret a rebre una participació en el capital de la societat resultant de la fusió o, si escau, de les societats beneficiàries de l'escissió, que sigui equivalent al valor real de la seva participació en la societat fusionada o escindida. I, per això, el tipus de canvi ha de ser objecte d'especial control per experts independents (art. 236.4 LSA) i s'ha de considerar específicament en l'informe dels administradors. També els socis poden rebre compensacions complementàries (art. 247.2 LSA).

3) Procediment per al canvi de les accions i data d'efectivitat del dret a participar en els guanys en la societat nova o absorbent i qualsevol peculiaritat referent a aquest dret.

4) Data en què les operacions de les societats fusionades o escindida es consideren fetes a efectes comptables per la resultant o per les societats beneficiàries. Aquesta modalitat de retroacció té simples efectes comptables i no representa, per tant, cap novació en les relacions jurídiques en què sigui part una de les societats participants, sens perjudici dels efectes de transmissió universal propis de la fusió o l'escissió.

5) Avantatges especials a favor de titulars de drets especials diferents de les accions, administradors i experts independents.

En l'escissió, a més, ateses les seves peculiaritats, el projecte ha de contenir dues mencions addicionals (art. 255 LSA):

a) la designació i distribució dels elements de l'actiu i passiu de la societat escindida entre les societats beneficiàries, i

b) la distribució d'accions o participacions en el capital de les societats beneficiàries entre els socis de la societat escindida.

En cas d'escissió total, si un element de l'actiu no s'atribueix a cap societat, aquest es distribuirà proporcionalment entre totes les beneficiàries i, si un element del passiu no s'atribueix a cap de les beneficiàries, sorgeix la responsabilitat solidària de totes aquestes per l'esmentat passiu en tutela del creditor social.

Els projectes de fusió i escissió són objecte dels preceptius informes dels administradors (v. art. 237 LSA) i dels experts independents (v. art. 236 LSA). L'informe dels experts independents sobre el projecte ha d'incloure l'operació de fusió o escissió en conjunt i ha d'incidir sobre l'adequació de la paritat o paritats, dels mètodes seguits per a establir-la, de l'adequació d'aquests (així,

justificació del tipus de canvi) i els resultats o valors que comporta o les dificultats de valoració en el cas que n'hi hagi. L'informe dels administradors de cada una de les societats que participen en la fusió ha d'incidir en una justificació detallada dels aspectes jurídics i econòmics del projecte de fusió, amb especial referència al tipus de canvi de les accions i a les especials dificultats de valoració que hi pogués haver. En l'escissió, l'informe dels administradors haurà d'expressar que han estat emesos per cada una de les societats beneficiàries els informes sobre les aportacions no dineràries, i també indicar el Registre Mercantil en què estiguin dipositades o s'hagin de dipositar.

És obligatòria la formulació d'un balanç de fusió o d'escissió per cada societat participant (art. 239 LSA). En la **fusió**, es pot considerar com a balanç de fusió l'últim balanç anual aprovat, sempre que s'hagi tancat dins els sis mesos anteriors a la data de celebració de la Junta que ha de resoldre sobre la fusió. Si el balanç no compleix amb aquest requisit, és necessari elaborar un balanç tancat posteriorment al primer dia del tercer mes precedent a la data del projecte de fusió, seguint els mateixos mètodes i criteris de presentació de l'últim balanç anual (v. art. 239 LSA). El balanç de fusió ha de ser verificat per auditors de comptes de la societat, haurà de ser sotmès a l'aprovació de la junta que deliberi sobre la fusió i s'haurà d'esmentar en l'ordre del dia de la junta. La impugnació del balanç de fusió no implica la suspensió de l'execució de la fusió. La norma s'ha de considerar aplicable també a l'escissió (v. art. 254 LSA).

El projecte de fusió o escissió ha de rebre informació externa. L'article 238.1 LSA estableix que, en publicar la convocatòria de la Junta que ha de deliberar la fusió (i l'escissió), els accionistes, obligacionistes, titulars de drets especials i representants dels treballadors podran examinar al domicili social (o sol·licitar la tramesa gratuïta del text íntegre d'aquests, v. art. 144 LSA), entre altres documents, els projectes de fusió, els informes dels experts independents, els informes dels administradors, els comptes anuals i l'informe de gestió dels tres últims exercicis de les societats participants, els balanços de fusió (i escissió), quan sigui diferent de l'últim balanç anual aprovat, acompanyat de l'informe d'auditors.

En la segona fase, es procedeix a l'adopció de l'acord de fusió o escissió per cada una de les juntes de les societats participants. Les juntes de socis s'han de limitar a adoptar els corresponents acords ajustant-se al projecte de fusió (v. art. 240.1 LSA) o escissió. Això significa que les juntes de socis no poden alterar el contingut del projecte de fusió o escissió, sinó que s'han de limitar a la seva aprovació o rebuig. L'aprovació de la fusió o escissió exigeix l'acord favorable de totes les juntes de les societats participants. La convocatòria de les juntes generals de les societats participants s'ha d'ajustar als requisits següents:

- 1) s'ha de fer amb un mes d'antelació a la data de celebració de la junta;
- 2) l'anunci ha de contenir els requisits i mencions de l'article 240 LSA, i

3) s'ha d'haver dipositat prèviament el projecte de fusió o escissió al Registre Mercantil perquè el registrador qualifiqui sobre la seva subscripció i contingut en cinc dies (art. 226.3, v. RDGRN de 30 de juny de 1993).

En aquesta fase és imprescindible un reforçament de la tutela del dret d'informació dels socis, obligacionistes, titulars de drets especials i representants dels treballadors. Aquests interessats tenen dret a examinar al domicili social:

- 1) el projecte de fusió o escissió;
- 2) els informes dels experts independents;
- 3) els informes dels administradors;
- 4) els comptes anuals i l'informe de gestió dels tres últims exercicis de les societats que intervenen en la fusió o escissió;
- 5) el balanç de fusió o escissió de cada societat participant si és diferent de l'anual i informe sobre la seva auditoria o verificació;
- 6) el projecte d'escriptura de fusió o escissió que haurà de contenir les modificacions estatutàries efecte de l'aprovació de l'operació;
- 7) els estatuts vigents de les societats que participen, i
- 8) la relació d'administradors de les societats que intervenen i dels proposats per a administrar cada societat resultant o beneficiària.

Els acords de fusió o escissió han de ser adoptats segons el quòrum de l'art. 103 LSA en cas de societat anònima. Quant a la fase d'execució, s'ha de constatar que un cop adoptat vàlidament per totes i cada una de les juntes de socis de les societats participants ha de ser publicat tres vegades al BORME i a dos diaris (art. 242 LSA i RDGRN de 16 de desembre de 1997). En cas de fusió, hi ha un període de pendència després de l'últim dels anuncis. La fusió no pot ser executada abans que transcorri un mes des de la seva data. En aquest termini, determinats creditors poden exercitar dret d'oposició segons l'art. 166 LSA. Vençuts els terminis, es podrà atorgar l'escriptura pública de fusió o d'escissió que inclourà el balanç de les societats que s'extingeixen i les mencions necessàries per a la constitució de la nova societat o modificacions en l'absorbent (art. 244 LSA, 227 i 235 RRM). Qualificada favorablement, l'escriptura pública serà inscrita al Registre Mercantil i publicada al BORME. Si escau, s'haurà de procedir a la cancel·lació de les inscripcions de les societats extingides (art. 245 LSA i 227 a 237 RRM).

Tant la fusió com l'escissió presenten, com a última qüestió, la **tutela dels creditors socials**. Les tècniques de tutela són diferents en la fusió i en l'escissió.

En la primera es reconeix el dret d'oposició a favor dels creditors titulars de crèdits nascuts no vençuts, no exigibles i no garantits al temps de l'últim dels anuncis de la fusió. El dret d'oposició ha de ser exercit per escrit durant el termini d'un mes des de l'últim anunci de l'acord. L'efecte de l'exercici del dret d'oposició és impedir l'execució formal de la fusió en la mesura que no es garanteixin adequadament els crèdits dels creditors o que no es paguin anticipadament (art. 243 i 166 LSA).

En l'escissió total s'estableix la responsabilitat subsidiària respecte de la societat que va assumir l'obligació segons el projecte, i solidària entre la resta. S'estableix responsabilitat limitada fins a l'import de l'actiu net rebut entre les societats beneficiàries pels deutes de la societat escindida. En l'escissió parcial s'estableix com a obligada principal i directa la societat beneficiària a la qual, segons el projecte d'escissió, resulti atribuït el deute. La societat escindida que continua existint serà l'obligada subsidiària pel total de l'import del crèdit i no solament per la part proporcional que li pogués correspondre segons el seu actiu net després de l'escissió. La resta de societats beneficiàries queden obligades solidàriament i subsidiàriament respecte de la deutora principal fins al límit del valor de l'actiu net atribuït a cada una d'aquestes.

Finalment, s'ha de recordar pel que fa a això que és possible l'acció de nul·litat de la fusió o escissió inscrita dins els sis mesos des de la data en què la fusió o escissió va ser oposable a qui la invoca.

L'acció de nul·litat s'ha de fonamentar en les causes de nul·litat o anul·labilitat dels acords socials referents a la fusió o escissió. La sentència ferma estimatòria de l'acció de nul·litat no afecta les obligacions nascudes després de la inscripció de la fusió o escissió a favor o a càrrec de la societat absorbent o de la nova societat sorgida de la fusió o escissió, i en responen solidàriament totes les societats participants (art. 246 LSA).

2.4. La dissolució i la responsabilitat dels administradors pels deutes socials

El contracte de societat es pot dissoldre per la voluntat majoritària dels socis i per les causes legalment previstes per la llei o els estatuts.

El règim de dissolució de la societat anònima es conté als articles 260 a 281 LSA, i és aplicable a la societat comanditària per accions (art. 152 C de C). La dissolució obre el període de liquidació, i subsisteix durant tot el procés liqui-

datori la personalitat jurídica de la societat que centrarà les seves activitats a liquidar les relacions jurídiques que hi hagi, pagar als creditors socials i repartir, en cas de romanent, la quota de liquidació.

La societat anònima es dissol:

- 1) Per acord de la Junta General adoptat amb el quòrum de l'art. 103 LSA.
- 2) Per compliment del termini fixat en els estatuts socials, llevat que anteriorment hagués estat expressament prorrogada i inscrita la pròrroga al Registre Mercantil (art. 261 LSA).
- 3) Per conclusió de l'empresa que constitueixi el seu objecte o la impossibilitat manifesta de fer la finalitat social o per a la paralització dels òrgans socials, de manera que resulti impossible el seu funcionament (v. RDGRN de 7 d'abril de 2000).
- 4) Per conseqüència de pèrdues que deixin reduït el patrimoni net comptable a una quantitat inferior a la meitat del capital social, tret que aquest s'augmenti o es redueixi en la mesura suficient.
- 5) Per reducció del capital per sota del mínim legal.
- 6) Per la fusió o escissió total de la societat.
- 7) Per qualsevol altra causa establerta als estatuts socials (art. 260 LSA).

No obstant la menció de l'art. 260.2, la fallida de la societat anònima no és per si mateixa causa de dissolució.

Mecanisme dissolutori

Quant al mecanisme dissolutori, l'art. 262 LSA estableix un procediment que atén a la lògica següent: 1) En el cas de la concurrència de les causes legals previstes en els números 3, 4, 5 i 7 de l'art. 260 LSA, la dissolució requereix acord de la Junta General de la societat segons l'art. 102 LSA. Quan, en atenció de la seva diligència, els administradors apreciïn la concurrència de la causa de dissolució hauran de convocar la Junta General perquè adopti l'acord de dissolució de la societat. Han de convocar la Junta General en el termini de dos mesos, constituint el *dies a quo*, el dia en què van haver d'apreciar, d'acord amb la seva diligència, la concurrència de la causa de dissolució (així, la pèrdua greu del capital –art. 260.1.4 LSA– mitjançant un balanç de comprovació trimestral, v. STS de 30 d'octubre de 2000). En el cas que la junta no fos convocada o no es pogués aconseguir l'acord o aquest fos contrari a la dissolució, qualsevol interessat (per exemple, accionistes, creditors socials, treballadors, etc.) podrà sol·licitar la dissolució judicial de la societat. En aquest cas, a més, els administradors estan obligats a sol·licitar la dissolució judicial quan l'acord social fos contrari a la dissolució o no es pogués aconseguir.

L'acord de dissolució o la resolució judicial s'inscriu al Registre Mercantil (art. 263 LSA) i s'ha de publicar al BORME i a un dels diaris de més circulació del lloc del domicili social.

Els administradors que incompleixin l'obligació de convocar la Junta General o de sol·licitar la dissolució judicial són responsables solidaris de les obligacions socials (art. 262.5). Aquesta responsabilitat exigeix, per la seva importància, algunes consideracions per a facilitar-ne la comprensió. Sens dubte, a l'enduriment de la responsabilitat dels administradors en les societats de capital, hi contribueixen els articles 262.5 LSA i 105.5 LSRL, preceptes que en els últims anys han generat una intensa polèmica doctrinal i una extraordinària controvèrsia en l'àmbit judicial com es pot comprovar en les nombroses sentències dictades en les audiències provincials, que han seguit criteris diferents que incideixen sobre la pròpia naturalesa jurídica i fonament de la responsabilitat prevista en les normes esmentades.

El Tribunal Suprem, complint amb la seva funció, ja assenta, en la resolució dels recursos de cassació, una jurisprudència de valor extraordinari, en la mesura que la seva doctrina haurà d'evitar, en aquest difícil àmbit del dret, la inseguretat jurídica que les diferents orientacions de les audiències ha generat en el tràfic jurídic.

La primera qüestió que es planteja, de rellevància extraordinària per a la determinació del règim jurídic al qual s'ha de sotmetre l'esmentada responsabilitat, és la de la seva **naturalesa**, això és, si ens trobem en presència d'una responsabilitat per danys (caràcter indemnitzador) o davant d'una pena o sanció civil per incompliment de deures propis.

S'ha de tenir molt present que, segons si s'opta per una interpretació o per una altra, les conseqüències en l'àmbit del contingut i abast de la prova són, com veurem, molt diferents. En l'àmbit de la denominada *jurisprudència menor* (això és, les resolucions de les audiències provincials), s'han defensat totes dues interpretacions, encara que un examen detallat dels centenars de sentències dictades en aquest extrem ens ha de dur a la conclusió que el criteri acollit majoritàriament en doctrina i jurisprudència és el de considerar que es tracta d'una **sanció civil**, una norma de coerció que pretén forçar els administradors al compliment de les obligacions legals previstes en la hipòtesi de concurrència d'una causa legal de dissolució.

Això no obstant, aquesta afirmació exigeix, com ha destacat la doctrina recent, un aprofundiment més gran en el règim jurídic sancionador que el legislador espanyol ha pretès establir, anàlisi justificada pel perillós caràcter obert de la norma i per l'excepcionalitat que comporta en l'àmbit de les societats de capital, ja que, a la fi, pot assolir l'assumpció del risc d'empresa per part dels administradors de la societat. I, per això, la naturalesa excepcional davant el principi de responsabilitat limitada, consagrat als articles 1 LSA i 1 LSRL, ha de presidir, en bona lògica, la interpretació global de la norma. La sanció, que converteix els administradors en responsables solidaris dels deutes socials, ha rebut, de manera justificada (i no precisament per la seva mera existència, sinó per la seva construcció defectuosa) una crítica generalitzada per part de

sectors professionals i doctrinals. S'ha arribat a afirmar que es tracta d'una norma inaudita i extremada, que no té parangó en dret comparat, afirmació que s'acompanya de l'esperança que:

"su exigencia, que en la práctica ha dado lugar a abusos, se modere por la doctrina jurisprudencial".

Sánchez Calero (2000). *Instituciones de Derecho mercantil* (23a. ed., vol. I, pàg. 571-572). Madrid: McGraw-Hill (v., no obstant això, les STS de 29 de setembre de 1999 i de 30 de octubre de 2000).

La gravetat de la mesura, que contrasta amb el contingut lacònic de tots dos preceptes, ha originat, des de l'inici, en l'àmbit de la jurisprudència menor, dues interpretacions enfrontades. Segons una primera orientació, la responsabilitat dels administradors pels deutes socials s'ha d'integrar plenament en el règim de responsabilitat per danys ex art. 133 a 135 LSA: en especial, es considera que es tracta d'una hipòtesi compresa en l'art. 135 LSA, de la qual neix, consegüentment, una acció directa dels creditors contra els administradors que han incomplert amb els deures legals de convocar o, si escau, sol·licitar al jutge la dissolució judicial mitjançant un procediment declaratiu.

Segons una altra direcció interpretativa, la responsabilitat dels administradors no s'ha d'ubicar en l'àmbit de la responsabilitat per danys, sinó que es tracta d'una sanció o responsabilitat *ex lege* [v. STS de 29 de setembre de 1999, de 30 d'octubre de 2000 i 20 de juliol de 2001] la finalitat primordial de la qual és instaurar, en garantia legal dels creditors socials, un règim de solidaritat passiva externa.

En altres termes, l'incompliment legal de les obligacions legals de promoció de la dissolució de la societat implica la sanció dels administradors, el contingut de la qual és situar-los com a **garants legals** dels deutes socials enfront dels creditors.

Si ens atenim a la jurisprudència més recent, el Tribunal Suprem ha optat per considerar que es tracta d'una pena o sanció civil; en particular, la sentència de 15 de juliol de 1997 afirma que aquesta responsabilitat es configura com "una penal civil por la inactividad de los administradores". És un criteri que, de manera explícita o implícita, han continuat ulteriors sentències del màxim òrgan judicial. En totes aquestes sentències, el Tribunal Suprem s'enfronta a la qualificació de la naturalesa de la responsabilitat i, en alguna d'aquestes, és categòric en distingir el règim de responsabilitat per danys ex art. 133 a 135 de la sanció civil prevista en l'article 262.5 (i 105.5 LSRL) LSA. En la Sentència de 29 d'abril de 1999 s'afirma que:

"El incumplimiento de dicha obligación legal (convocar o solicitar la disolución judicial), sin más, deberá desencadenar la responsabilidad solidaria legalmente establecida y ello, al margen de que, el daño, que se haya producido en sí, pudiera provenir de una conducta de aquél (el administrador) culposa o negligente o falta de diligencia; y es que además ya en el caso de autos, la conducta del Administrador, claramente infractora de dicha obligación legal, supone *ipso facto* que no se desempeñó el cargo con la diligencia de un ordenado empresario o de un representante leal."

Aquesta sentència utilitza, així mateix, l'expressió "sanciones previstas", deslligant-la de la necessitat de provar un nexa causal entre l'incompliment del deure legal i el dany. És una interpretació en què insisteix (acollint el caràcter sancionador de l'art. 262.5) la Sentència de 22 de desembre de 1999 en expressar que:

"La responsabilidad de los administradores que establece el art. 262.5 LSA contiene un régimen especial para este supuesto frente al contenido en los artículos 133 y 135 del mismo texto legal, régimen especial fundado en la finalidad perseguida por el legislador de evitar que, por el incumplimiento por los administradores de su obligación de promover el acuerdo de disolución de la sociedad, continúen actuando en el tráfico mercantil sociedades incursas en causa de disolución."

La Sentència de 30 d'octubre de 2000 resulta definitiva quan és taxativa en distingir totes dues responsabilitats. S'ha de partir, per tant, de la idea que no estem en presència d'una responsabilitat per danys, sinó en un règim especial de responsabilitat que, al marge de la seva denominació, responsabilitat *ex lege* o pena o sanció civil, consisteix a situar els administradors infractors com a responsables solidaris dels deutes de la societat.

A aquest efecte, s'ha d'afirmar que aquesta responsabilitat té un caràcter extern i, a més, autònom. Extern, quan els seus destinataris exclusius (legítimats actius de l'acció de responsabilitat) són els creditors socials, que n'hauran d'acreditar la condició. Tan sols a ells (i no als socis o a la societat, com afirmava erròniament un sector minoritari de la doctrina espanyola) correspon, partint de l'esmentat precepte, reclamar el crèdit als administradors com a responsables legals. A més, la responsabilitat té una *naturalesa autònoma*, ja que, com s'esdevé en el dret de societats italià (art. 2449 CC), en què les accions de responsabilitats per danys (art. 2393 i 2394) i l'acció *ex art. 2449 CC* són independents, l'esmentada autonomia també es pot predicar de les accions previstes en els art. 134 i 135 LSA respecte a la responsabilitat prevista en l'art. 262.5 LSA (i 105.5 LSRL). Com destaca la doctrina majoritària, l'art. 262.5 LSA no exclou, en absolut, l'aplicació del règim comú de responsabilitat per danys dels administradors.

En aquesta direcció té un especial significat la Sentència del Tribunal Suprem de 29 d'abril de 1999, que admet que l'exercici de l'acció *ex art. 262.5 LSA* no impedeix l'exercici acumulat de les accions de responsabilitats *ex art. 133-135 LSA*. En efecte, és perfectament possible que en un supòsit concret siguin d'aplicació tots dos règims, sempre que se'n compleixin els supòsits legals. Els administradors han de respondre davant la societat, els socis i els creditors socials dels *danys* produïts al patrimoni social o a l'individual quan hi hagi relació de causalitat (o nexa causal) entre la conducta negligent i el dany i, a

més, han de suportar la sanció o pena civil de respondre pels deutes socials. A diferència de la societat i els socis (llevat que aquests siguin, al mateix temps, titulars d'un dret de crèdit social), els creditors podran invocar totes dues accions: reclamar el pagament del deute social i exigir la reparació dels danys i perjudicis que, si escau, hagin ocasionat els administradors.

Amb tot, a la pràctica, les alternatives del creditor se simplifiquen. En nom de la mesura més eficaç, el creditor opta, ateses les menors dificultats probatòries, per l'acció de responsabilitat ex art. 262.5 LSA i 105.5 LSRL, en què no s'ha de provar cap dany, ni tan sols la insolvència de la societat que no es preveu com a supòsit legal de la responsabilitat solidària dels deutes socials. Com ha matisat el Tribunal Suprem en la Sentència de 12 de novembre de 1999, el ponent de la qual va ser Gullón Ballesteros, l'article 262.5 no és sinó una "sanción [...] para lo qual sólo se requiere la prueba de su supuesto fáctico".

A la pràctica, es detecta una tendència dels creditors a exercir de manera exclusiva i directa l'acció de l'article 262.5 LSA contra els administradors, i s'inhibeix de sol·licitar la fallida de la societat.

Sens dubte, amb aquest doble mecanisme (de garantia *ex lege* –art. 262.5 LSA– i de responsabilitat per danys –134 i 135 LSA), l'LSA estableix el règim de responsabilitat per pèrdues més rigorós d'Europa, i exclou òbviament el sistema de repressió penal instaurat (encara que a la pràctica ha resultat escassament aplicat), per a aquests casos, a Alemanya, França, Itàlia i el Regne Unit. Considerat com a delictes societari, pot portar la privació de llibertat (així, tres anys) dels administradors infractors del deure de convocar la Junta en situació de pèrdua greu del capital social.

Incomplertes les obligacions legals, els administradors responen enfront dels creditors socials amb tot el seu patrimoni personal il·limitadament, en aplicació de l'art. 262.5 LSA i 1911 CC. Els articles 262.5 LSA i 105.5 LSRL no representen una excepció al règim general de responsabilitat patrimonial universal.

En efecte, els administradors responen de deutes aliens, com a sanció legal, per l'incompliment de deutes propis. Convé ara aprofundir sobre el contingut del règim de responsabilitat que s'instaura en els preceptes societaris esmentats, ja que podem estar d'acord que els art. 262.5 LSA i 105.5 LSRL són, en aquesta matèria, excessivament generals, malgrat el rigor extrem de la responsabilitat prevista.

En què consisteix, en definitiva, la sanció civil prevista? La conclusió més raonable no pot ser una altra que en la de convertir-los en responsables dels deutes socials, que no deixen de ser deutes aliens. Enfront dels administradors que van infringir deures legals tipificats pel que fa a la dissolució de la societat, l'LSA reconeix a qualsevol creditor una acció individual i directa per a la satisfacció del seu crèdit sobre el patrimoni personal d'aquells.

Els creditors podran, per tant, exigir els seus crèdits a la societat, que continua essent deutora principal, i als administradors, als quals la llei declara responsables solidaris.

En definitiva, amb la declaració de la responsabilitat solidària dels administradors, s'afegeix, en garantia dels creditors socials, al patrimoni de la societat el patrimoni de cada un d'aquells.

Amb aquesta mesura, es pretén enfortir la garantia dels creditors socials i, en general, del tràfic mercantil. Aquesta interpretació es pot llegir en els fonaments de dret de nombroses sentències de les audiències provincials. Així, la Sentència de 18 d'abril de 1995 de l'AP de Pontevedra afirma que:

"La responsabilidad proclamada en el art. 262.5 LSA sitúa a los administradores en la posición de garantes del cumplimiento de las obligaciones sociales: no se trata de una responsabilidad que sustituye y desplaza a la de la sociedad, sino de un refuerzo de la responsabilidad patrimonial de la sociedad deudora al que se añade otro frente de responsabilidad constituido por el patrimonio de los administradores, en nivel de equiparación y de solidaridad a modo de sanción impuesta por el incumplimiento de deberes legales de suerte que, para el caso de que se haga efectiva esa responsabilidad adicional, se mantiene a favor de los administradores el derecho de repetición contra la sociedad deudora."

Des d'una perspectiva més dogmàtica, ens trobem davant una solidaritat de primer grau, quan la llei no reconeix expressament el caràcter subsidiari de la responsabilitat legal.

A més, ens trobem en presència d'una solidaritat passiva externa de naturalesa legal, això és, es produeix una concurrència de dos o més responsables, cada un dels quals ha de fer íntegrament la prestació, el creditor pot dirigir la seva acció contra qualsevol d'ells o contra tots simultàniament i s'extingeix l'obligació pel pagament efectuat per qualsevol d'ells. En aquesta hipòtesi, que considerem, el grup de responsables solidaris s'integra per la societat, com a deutora principal i originària, i els administradors socials sancionats com a responsables solidaris dels deutes socials. És una solidaritat legal que manifesta, enfront de la reprotxable conducta dels administradors, un favor creditor, ja que reforça la seguretat del crèdit en posar a disposició del creditor diversos patrimonis diferents del patrimoni social. D'aquesta manera, a raó de la solidaritat, cada responsable solidari deu la totalitat del deute i el creditor, en consideració al règim general, pot dirigir l'acció indistintament (simultàniament i successivament) contra qualsevol d'aquells: contra la societat o contra els administradors (art. 1137 i 1144 CC).

El reforçament del crèdit, com s'ha afirmat en doctrina, és més gran que en la fiança simple, quan la solidaritat externa desterra qualsevol benefici d'excussió, i situa qualsevol dels responsables solidaris en l'àmbit de la relació externa, en el primer àmbit de responsabilitat: cada subjecte pot ser objecte de reclamació de la totalitat del deute social.

La posició de l'administrador com a garant solidari deriva d'una interpretació funcional de l'art. 262.5 LSA i 105.5 LSRL i de la seva adequació a les tradicionals categories juròdicoprivades de la nostra ordenació. És clar que els administradors responsables ho són dels deutes socials i respecte als creditors socials. Això és, en l'àmbit extern de la responsabilitat. La qüestió més de matís, però d'una extraordinària transcendència pràctica, és si la solidaritat també s'ha de projectar en l'àmbit intern de la relació.

És l'administrador un deutor solidari o, sense més ni més, un fiador o, si es prefereix, un garant solidari *ex lege*? La nostra opinió és la segona, ja que si s'analitza la relació subjacent que hi ha entre l'administrador i la societat, sembla clar que aquell respon per deute aliè, com s'esdevé en l'àmbit de les relacions de fiança (v. art. 1822 CC). L'administrador és, en realitat, un fiador solidari per imperatiu legal. Si arribem a aquesta conclusió, s'han de distingir dos àmbits: l'àmbit extern de la relació, això és, entre administrador garant i creditor, se sotmet al règim de la solidaritat; en l'àmbit intern, entre administrador fiador i societat, s'han d'aplicar les normes del dret comú, referents a la fiança.

En l'àmbit de la relació externa, el creditor exerceix un *ius electionis*, la facultat de dirigir-se –judicialment o extrajudicialment– contra el responsable (societat i/o administradors) que, segons el seu parer, més li convingui o li inspire més confiança. L'administrador no li podrà oposar el benefici de divisió del deute, sinó que haurà d'afrontar la totalitat de la prestació com si fos obligat principal. Amb tot, fins que tot el deute no resulti satisfet, les reclamacions que s'hagin entaulat contra un responsable no obstaculitzaran les que posteriorment es dirigeixin contra els altres (*ius variandi*, ex art. 1144.2 CC), sense que s'imposi al creditor una obligació de notificar a la resta de coobligats els procediments que hagi entaulat.

Del que s'ha esmentat fins ara, queda clar que el creditor no està obligat a demandar simultàniament tots els responsables solidaris, ja que la solidaritat passiva no constitueix un supòsit de litisconsorci passiu necessari: correspon a l'arbitri del creditor exercitar l'acció judicial contra tots els responsables solidaris o contra cada un d'ells en un procés diferent per la integritat del deute social.

En virtut de les regles de la solidaritat, aquí la llibertat de maniobra processal del creditor és molt àmplia: pot demandar –en una sola demanda o en diverses– directament un administrador que consideri solvent, o diversos, o a tots i, en qualsevol d'aquests supòsits, també si ho considera oportú, la societat, que manté sempre, com ja hem anticipat, la seva posició de deutora principal.

Lectura complementària

Sobre l'esmentada responsabilitat ens remetem al treball: **Machado Plazas** (1997). *Pérdida del capital social y responsabilidad de los administradores por las deudas sociales*. Madrid: Civitas.

2.5. La liquidació i extinció de la societat anònima

La societat dissolta conserva la seva personalitat jurídica al llarg del procés de liquidació, ja que, un cop dissolta la societat, s'obre el període de liquidació (a excepció dels supòsits de fusió o escissió total, o qual-sevol altre de cessió global de l'actiu i el passiu, v. art. 266 LSA).

Declarada en liquidació la societat, cessa la representació dels administradors per a subscriure nous contractes i contreure noves obligacions.

A partir d'aquest moment, els liquidadors, nomenats per la junta el nombre dels quals és senar (art. 268 LSA) assumeixen les funcions de liquidació que els encomana el legislador en l'art. 272 LSA i que poden ser fiscalitzades pels interventors que, si escau, nomenin, en exercici del dret reconegut en l'art. 269 LSA, el jutge de primera instància a sol·licitud dels accionistes titulars de la vintena part del capital social. El sindicat d'obligacionistes també pot nomenar un interventor.

A més de les funcions que la llei encomana als liquidadors, el legislador ha cregut convenient reforçar el dret d'informació dels accionistes i els creditors socials sobre la marxa o evolució de la liquidació. Els liquidadors han d'enviar periòdicament als socis i creditors, pels mitjans que en cada cas es reputin més eficaços, l'estat de liquidació. En el cas que la liquidació es prolongui per un termini superior al previngut per a la redacció del balanç anual, els liquidadors han de formalitzar i publicar al BORME un estat de comptes que permeti d'apreciar amb exactitud la situació de la societat i la marxa de la liquidació.

En acabar la liquidació, els liquidadors han de formular un balanç final (verificat, si escau, pels interventors) i determinaran la quota de liquidació que correspon a cada acció (art. 274 LSA).

Aquest balanç se sotmet a l'aprovació de la Junta General d'Accionistes i es publicarà al BORME i a un dels diaris de més circulació al lloc del domicili social, balanç que és susceptible d'impugnació segons el procediment declaratiu ordinari (art. 118 LSA). Quan el balanç sigui ferm, bé perquè no s'hagi impugnat, bé perquè sigui ferma la sentència que hagi resolt les reclamacions dels socis (art. 276.1 LSA), es procedirà al repartiment de l'haver social. Per a això, caldrà que s'hagin satisfet tots els creditors socials o s'hagi consignat l'import dels seus crèdits (art. 272. 2 LSA).

Les normes de divisió de l'haver social han de constar en els estatuts i, si no n'hi ha, correspon a la Junta General la determinació d'aquestes. L'actiu resultant després de satisfer els creditors socials es repartirà entre els socis en la forma prevista en els estatuts socials i, si no n'hi ha, en proporció amb l'import nominal dels seus crèdits.

L'extinció de la societat anònima es produeix mitjançant cancel·lació dels seus assentaments registrals.

Amb aquesta finalitat, els liquidadors han de presentar al Registre Mercantil l'escriptura pública en què consti que ha estat provat el balanç final de liquidació i que ha transcorregut el termini per a la seva impugnació sense que s'hagi presentat aquesta o hagi assolit ferma la sentència resolutòria (art. 247 RRM). En l'escriptura es faran constar, a més, que s'han pagat els crèdits, o s'han consignat els seus imports, i que s'ha fet el repartiment de l'haver social entre els accionistes (art. 247.2.3 i 4 RRM). Així mateix, els liquidadors hauran de dipositar els llibres de comerç i els documents referents al tràfic de la societat al Registre Mercantil, i el registrador haurà de conservar aquests llibres i documents durant sis anys, a comptar des de la data de cancel·lació dels assentaments registrals (art. 247.5 RRM). Amb tot, la cancel·lació registral no determina necessàriament l'extinció de la societat, ja que, si no s'han acabat totes les operacions de liquidació, es pot sol·licitar l'obertura del procés liquidatori i procedir contra la societat (v. STS de 6 de juliol de 1961, v. també art. 123 LSRL).

Els liquidadors de la societat anònima són responsables davant els accionistes i els creditors de qualsevol perjudici que els hagin causat amb frau o negligència greu en l'acompliment del seu càrrec (art. 279 LSA). Així mateix, els liquidadors han de sol·licitar la declaració de fallida o de suspensió de pagaments en el termini de deu dies a partir d'aquell en què es faci patent aquesta situació (art. 281 LSA).

Resum

En el present mòdul hem estudiat el règim jurídic de la modificació dels estatuts de la societat anònima, i hem dut a terme una anàlisi detallada dels casos d'augment del capital social, de la reducció del capital i de les anomenades modificacions estructurals.

En l'estudi de l'augment del capital ens hem detingut a analitzar les diferents modalitats que aquest augment pot revestir, hem estudiat també el règim del capital autoritzat, la disciplina relativa a l'execució de l'acord d'augment, inclòs el supòsit de la delegació de l'execució als administradors, i el règim de la publicitat registral de l'augment. En l'examen de la modificació estatutària consistent a reduir el capital social hem considerat les modalitats de la reducció i els diversos procediments que es poden fer servir per a dur-la a terme. Hem analitzat separadament la reducció nominal i la reducció efectiva del capital. Hem examinat també el règim del dret d'oposició dels creditors socials. Ens hem detingut també a analitzar la figura de l'anomenada operació acordió. Pel que fa a les modificacions estructurals, hem estudiat la transformació de la societat anònima en d'altres formes socials, el règim de la fusió i de l'escissió, la dissolució i la liquidació i extinció de la societat anònima. En tractar els supòsits de dissolució hem fet un estudi particularment detallat del règim de responsabilitat solidària dels accionistes pels deutes socials en els casos d'incompliment dels seus deures referits a la promoció de la dissolució de la societat.

Autoavaluació

1. En quines modificacions estatutàries l'accionista té dret de separació?
2. La inscripció de l'augment del capital social és constitutiva o declarativa? En quina modificació estructural és constitutiva la inscripció?
3. Els administradors que, en cas de concurrència de causa de dissolució, no convoquen la Junta General són responsables solidaris de les obligacions socials? És una responsabilitat per danys?
4. Davant d'una situació d'insolvència de la societat, què han de fer els liquidadors de la societat?

Solucionari

1. Segons els articles 147 i 149.2 LSA, els accionistes que no haguessin votat a favor dels acords de substitució de l'objecte social i transferència a l'estranger del domicili social. El mateix dret tenen els accionistes sense vot.
2. La inscripció de l'augment del capital social és declarativa. Així ho defensa la majoria de la doctrina. L'augment del capital produeix els efectes que li són propis des de l'execució.
3. En aquest cas, els administradors són responsables solidaris dels deutes socials. Es tracta, com matisa l'STS de 30 d'octubre de 2000, d'una sanció civil. No és una responsabilitat per danys (com sí que ho és la prevista en l'art. 135 LSA). El creditor solament haurà de provar l'existència del deute social i l'incompliment de l'obligació legal concurrent una causa de dissolució.
4. Trobem la resposta en l'art. 281 LSA: hauran de sol·licitar la declaració de suspensió de pagaments o de fallida.

Bibliografia

- Alfaro Águila-Real, J.** (1995). *Interés social y derecho de suscripción preferente*. Madrid: Civitas.
- Alonso Espinosa, F.J.** (1990). "Modificación de estatutos y aumento y reducción de capital". *CDC* (núm. 8, pàg. 57 i s).
- Beltrán, E.** (1997). *La disolución de la sociedad anónima*. Madrid: Civitas.
- Cabanas Trejo, R.** (1990). "La suscripción incompleta del capital social". *RDM* (pàg. 729 i s.).
- Cabanas Trejo, R.; Machado Plazas, J.** (1995). *Aumento de capital y desembolso anticipado*. Madrid: Civitas.
- Cabanas Trejo, R.** (1993). "Capital mínimo y disolución de la sociedad anónima". *RGD* (pàg. 4.923 i s.).
- Cámara Álvarez, M. de la** (1996). *El capital social en la sociedad anónima, su aumento y disminución*. Madrid: Consejo General del Notariado. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España.
- Cerdá Albero, F.** (1993). *La escisión de la sociedad anónima*. València: Tirant lo Blanch.
- Escribano Gamir, R.C.** (1998). *La protección de los acreedores sociales frente a la reducción del capital social y las modificaciones estructurales de las sociedades anónimas*. Pamplona: Aranzadi.
- Espín Gutiérrez, C.** (1997). *La operación de reducción y aumento del capital simultáneos en la sociedad anónima*. Madrid: McGraw-Hill.
- Fernández de la Gándara, L.** (1994). "El capital autorizado". A: Diversos autores. *Derecho de sociedades anónimas. Modificación de estatutos. Aumento y Reducción del capital social* (III-1, cit., pàg. 195 i s.). Madrid: Civitas.
- Fernández del Pozo, L.** (1995). "Sobre la llamada reducción de capital con cargo a beneficios o reservas en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada". *RDM* (pàg. 1.391 i s.).
- García Villaverde, R.** (1991). "Algunas cuestiones sobre la reducción del patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social por consecuencia de pérdidas". A: *Estudios en homenaje a J. Girón Tena* (pàg. 467 i s.). Madrid: Civitas.
- García-Moreno y Gonzalo; J.M.** (1995). *El aumento del capital con cargo a reservas en sociedades anónimas*. Pamplona: Aranzadi.
- Gómez Porrua, J.M.** (1991). *La fusión de sociedades anónimas en Derecho español y comunitario*. Madrid: La Ley-Actualidad.
- Iglesias Prada, J.L.** (1993). "Aumento de capital por compensación de créditos". *AAMN* (núm. XXXIII, pàg. 177 i s.).
- Leon Sanz, F.J.** (2001). *El acuerdo social de transformación*. Pamplona: Aranzadi.
- Llebot Majó, J.O.** (1999, gener-març). "La geometría del capital social". *RDM* (núm. 231, pàg. 37 i s.).
- López Sánchez** "Reducción del capital y protección de los acreedores sociales". A: *Derecho de sociedades anónimas* (III-2, pàg. 789 i s.).
- Machado Plazas, J.** (1997). *Pérdida del capital social y responsabilidad de los administradores por las deudas sociales*. Madrid: Civitas.
- Mambrilla Rivera, V.** (1994). "El aumento del capital por compensación de créditos". A: Diversos autores. *Derecho de sociedades anónimas. Modificación de estatutos. Aumento y reducción del capital social* (III-1, cit., pàg. 315 i s.). Madrid: Civitas.
- Menéndez Menéndez, A.** (1998). "Saneamiento de la empresa y derecho de suscripción preferente". A: Diversos autores. *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al profesor Justino F. Duque* (I, pàg. 499 i s.). Valladolid: Universidad de Valladolid. Secretariado de Publicaciones.
- Oleo Banet, F.** (1995). *La escisión de la sociedad anónima*. Madrid: Civitas.

Paz-Ares, C. (1992). "El aumento mixto de capital (Notas en defensa de la figura)". *RDM* (núm. 203-204, pàg. 7 i s.).

Pérez de la Cruz; Aurióles (1995). "La reducción del capital social". A: *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* (VII-3). Madrid: Civitas.

Pérez Troya, A. (1998). *La tutela del accionista en la fusión de sociedades*. Madrid: Civitas.

Pérez Troya, A. (1998). *La determinación del tipo de canje en la fusión de sociedades*. Madrid: Marcial Pons.

Rojo Fernández-Río, A. (1995). "Aumento del capital social" (veu). *Enciclopedia Jurídica Básica* (I, pàg. 658 i s.). Madrid: Civitas.

Rojo Fernández-Río, A. (1999). "El acuerdo de aumento del capital de la sociedad anónima". A: Diversos autores. *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez* (II, pàg. 2.339 i s.). Madrid: Civitas.

Rojo Fernández-Río, A. (1993). "La propuesta de modificación de los estatutos de las sociedades anónimas". *RGD* (pàg. 11.837 i s.).

Ruiz Peris, J.I. (1994). "Supuestos de no nacimiento del derecho de suscripción preferente en los aumentos de capital". *DN* (46.47, pàg. 5 i s.).

Sacristán Represa, M. (1994). "El aumento de capital: modalidades, requisitos, el aumento de capital con nuevas aportaciones dinerarias y no dinerarias". A: Diversos autores. *Derecho de sociedades anónimas. Modificación de estatutos. Aumento y reducción del capital social* (III-1, pàg. 237 i s.). Madrid: Civitas.

Sánchez Andrés, A. (1987). "Aumento y reducción del capital social". A: *La reforma del Derecho español de sociedades de capital* (pàg. 363 i s.). Madrid.

Sánchez Andrés, A. (1995). "El derecho de suscripción preferente". *Enciclopedia Jurídica Básica* (II, pàg. 2.256 i s.). Madrid: Civitas.

Sánchez Andrés, A. (1993). "Ampliaciones parcialmente gratuitas del capital de la sociedad anónima". *RJN* (núm. 6, pàg. 155 i s.).

Sánchez Andrés, A. (1990). *El derecho de suscripción preferente del accionista*. Madrid: Civitas.

Sánchez Calero, F. (1995). "Insuficiencia del capital social y postergación legal de los créditos". *AAMN* (XXXIV, pàg. 141 i s.).

Sequeira Martín, A.J. "La reducción y el aumento simultáneos según el artículo 169 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas". A: *Derecho de sociedades anónimas* (III-2, pàg. 1.009 i s.).

Vázquez Albert, D. (2000). *La exclusión del derecho de suscripción preferente*. Madrid: Civitas.