

# Derecho de sociedades

M.<sup>a</sup> de Lourdes Ferrando Villalba

PID\_00237066

---

Tiempo de lectura y comprensión: **15 horas**





# Índice

<b>1. El derecho de sociedades. Teoría general de sociedades.....</b>	<b>7</b>
1.1. Introducción .....	7
1.2. El derecho de sociedades y el concepto de sociedad mercantil ...	8
1.3. Sociedades civiles y mercantiles .....	9
1.4. Tipología societaria mercantil .....	11
1.5. La sociedad mercantil irregular .....	13
1.6. La personalidad jurídica de las sociedades mercantiles. Significado y límites .....	14
<b>2. Sociedades personalistas.....</b>	<b>17</b>
2.1. Introducción .....	17
2.2. La sociedad colectiva .....	18
2.2.1. Rasgos característicos y concepto .....	18
2.2.2. Requisitos de constitución de las sociedades colectivas y adquisición de la personalidad jurídica .....	18
2.2.3. Relaciones jurídicas internas .....	20
2.2.4. Relaciones jurídicas externas .....	23
2.3. La sociedad comanditaria simple .....	25
2.3.1. Concepto y caracteres .....	25
2.3.2. Constitución de la sociedad comanditaria simple .....	25
2.3.3. Relaciones jurídicas internas .....	26
2.3.4. Las relaciones jurídicas externas .....	28
2.4. Modificaciones de las sociedades personalistas .....	28
2.4.1. Modificaciones subjetivas .....	29
2.4.2. La transformación de las sociedades personalistas .....	31
2.5. Disolución y liquidación de las sociedades personalistas .....	32
2.6. El contrato de cuentas en participación .....	33
2.6.1. Concepto y caracteres .....	33
2.6.2. Relaciones jurídicas entre el gestor y el partícipe .....	35
2.6.3. Relaciones jurídicas externas: relaciones entre el gestor y los terceros .....	36
2.6.4. Extinción del contrato de cuentas en participación .....	36
2.7. La agrupación de interés económico .....	36
<b>3. Las sociedades de capital.....</b>	<b>38</b>
3.1. Tipología de las sociedades de capital. Rasgos característicos .....	38
3.2. Concepto y caracteres de la sociedad anónima .....	40
3.3. Concepto y caracteres del tipo limitada .....	41
3.4. Nacionalidad y domicilio de las sociedades de capital .....	42
3.5. La constitución de las sociedades de capital .....	45
3.5.1. Formalidades constitutivas .....	45
3.5.2. La inscripción en el Registro Mercantil .....	47

3.5.3.	Sociedad en formación y sociedad devenida irregular ..	47
3.5.4.	Procedimientos de fundación de la sociedad anónima .....	49
3.5.5.	La formación sucesiva de la sociedad de responsabilidad limitada .....	52
3.5.6.	La nulidad de la sociedad de capital .....	53
3.6.	El capital social y las aportaciones sociales .....	54
3.6.1.	Capital y patrimonio .....	54
3.6.2.	Las aportaciones al capital social. Aportaciones dinerarias y no dinerarias .....	55
3.6.3.	La responsabilidad por las aportaciones no dinerarias .....	59
3.6.4.	El desembolso de las aportaciones sociales. Los desembolsos pendientes .....	59
3.6.5.	Las prestaciones accesorias .....	61
3.7.	Las acciones y las participaciones sociales .....	62
3.7.1.	Perspectivas de análisis de las acciones y las participaciones .....	62
3.7.2.	La acción como valor mobiliario. La representación de las acciones .....	63
3.7.3.	La transmisión de las acciones .....	64
3.7.4.	La transmisión de las participaciones sociales .....	66
3.7.5.	Copropiedad, prenda, usufructo y embargo de acciones y participaciones sociales .....	68
3.7.6.	Negocios sobre las propias participaciones y acciones ..	70
3.8.	Las obligaciones .....	76
3.9.	Derechos y obligaciones del socio. La acción o la participación social como fundamento de la condición de socio .....	79
3.9.1.	El conjunto de derechos integrantes de la condición de socio .....	80
3.9.2.	Acciones y participaciones ordinarias y privilegiadas ....	87
3.10.	Las obligaciones del socio .....	89
3.10.1.	La obligación de realizar el desembolso prometido a la sociedad .....	89
3.10.2.	Las prestaciones accesorias .....	90
3.11.	Órganos de las sociedades de capital .....	91
3.11.1.	Junta general .....	91
3.11.2.	El órgano de administración en las sociedades capitalistas .....	101
3.11.3.	El consejo de administración .....	109
3.12.	Las cuentas anuales .....	111
3.12.1.	Los documentos contables. Presentación de balances o cuentas de pérdidas o ganancias abreviados .....	112
3.12.2.	El proceso de elaboración de las cuentas anuales .....	113
3.12.3.	La aplicación de los resultados del ejercicio .....	115
3.13.	La modificación de los estatutos .....	116

3.13.1. Concepto y requisitos. Normas especiales de tutela de los socios .....	116
3.13.2. Aumento de capital .....	117
3.13.3. Reducción de capital .....	120
3.14. Separación y exclusión de socios .....	124
3.14.1. Causas de separación .....	124
3.14.2. La exclusión de socios .....	125
3.14.3. Normas comunes a la separación y a la exclusión de socios .....	126
3.15. La disolución de la sociedad y la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales .....	126
3.16. La liquidación y extinción de la sociedad anónima .....	129
<b>4. El régimen de la sociedad cotizada.....</b>	<b>133</b>
4.1. Concepto y regulación .....	133
4.2. Régimen especial de determinados derechos de los accionistas .....	134
4.3. El régimen de las acciones rescatables .....	134
4.4. Especialidades en materia de órganos sociales .....	135
4.5. Los pactos parasociales en las sociedades cotizadas .....	139
4.6. Especialidades en materia de cuentas anuales .....	140
<b>5. Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.....</b>	<b>141</b>
5.1. Consideraciones generales .....	141
5.2. La transformación de la sociedad .....	142
5.2.1. Finalidad y tipos de transformación .....	142
5.2.2. El acuerdo de transformación .....	143
5.2.3. Tutela de los socios y de los titulares de derechos especiales .....	144
5.2.4. Escritura de transformación e inscripción en el RM .....	147
5.3. La fusión de sociedades mercantiles .....	147
5.3.1. Concepto y clases de fusión .....	147
5.3.2. Presupuestos de la fusión .....	149
5.3.3. El procedimiento legal de fusión .....	150
5.3.4. Las fusiones transfronterizas intracomunitarias .....	156
5.4. La escisión de sociedades .....	158
5.4.1. Concepto y caracteres .....	158
5.4.2. Requisitos de la escisión .....	159
5.4.3. Procedimiento de escisión .....	160
5.4.4. Tutela de los socios y de los acreedores .....	161
5.5. La cesión global del activo y el pasivo .....	161
5.5.1. Concepto y características de la operación .....	161
5.5.2. El proyecto de cesión global .....	162
5.5.3. Acuerdos de cesión global .....	163
5.5.4. Escritura e inscripción de la cesión global .....	163
5.5.5. Tutela de los socios y de los acreedores .....	163

5.6.	Traslado internacional del domicilio social .....	164
5.6.1.	Concepto y clases .....	164
5.6.2.	Régimen jurídico del traslado .....	165

## **6. Otras formas sociales. Los grupos de sociedades: breve**

<b>introducción</b> .....	167	
6.1.	La sociedad capitalista unipersonal .....	167
6.2.	Las sociedades profesionales .....	168
6.2.1.	Concepto y caracteres .....	168
6.2.2.	Composición .....	169
6.2.3.	Denominación social .....	169
6.2.4.	Constitución de la sociedad .....	170
6.2.5.	Participación en beneficios y pérdidas .....	170
6.2.6.	Responsabilidad y transmisión de la condición de socio .....	170
6.2.7.	Especialidades para las sociedades profesionales que adopten una forma societaria capitalista .....	171
6.3.	La sociedad limitada nueva empresa .....	172
6.4.	La sociedad comanditaria por acciones .....	175
6.5.	Sociedades laborales .....	177
6.6.	La sociedad anónima europea (SAE) .....	179
6.6.1.	Regulación de la SAE .....	179
6.6.2.	Rasgos característicos de la SAE .....	180
6.6.3.	Formas de constituir una SAE .....	181
6.6.4.	Órganos de la sociedad .....	181
6.7.	Los grupos de sociedades .....	182

# 1. El derecho de sociedades. Teoría general de sociedades

## 1.1. Introducción

El derecho de sociedades se ocupa de regular las características y la actividad en el tráfico empresarial de unos sujetos que reúnen las condiciones necesarias para ser calificados como empresarios mercantiles colectivos o sociales.

Dada la delimitación que hemos realizado de la materia objeto de estudio, quedarán fuera de la exposición, también por exigencias de extensión de este material, las sociedades civiles y otras formas jurídicas de empresa que, por su naturaleza o condición, no puedan ser calificadas como empresarios mercantiles colectivos o sociales.

Por tanto, en los epígrafes siguientes se efectuará fundamentalmente un análisis de los dos grandes grupos de sociedades mercantiles: las sociedades personalistas y las capitalistas, incidiendo en estas últimas y la refundición de sus normas en el TRLSC (Real decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de capital –TRLSC–).

La mayor extensión dedicada a las sociedades de capital obedece a la importancia que cuantitativa y cualitativamente tienen las sociedades capitalistas en nuestro tráfico mercantil. No obstante, debe recordarse aquí la importante función cumplida por la sociedad colectiva como «sociedad general del tráfico», cuyo régimen jurídico se aplica a los supuestos de irregularidad en la constitución de sociedades capitalistas (*cf.* art. 39 TRLSC).

Por otra parte, este módulo comprende una breve referencia a la aplicación por nuestro Tribunal Supremo de la doctrina del levantamiento del velo societario, así como al régimen de los grupos de sociedades.

Aun cuando en ocasiones no puedan obviarse discusiones doctrinales sobre la naturaleza y calificación de algunas situaciones jurídicas relativas a las sociedades mercantiles, en la medida de lo posible el módulo se centra en la interpretación de las normas jurídicas vigentes y, en aquellos casos en que se juzgue necesario, en las resoluciones de nuestros tribunales sobre las materias analizadas en él.

Cuando resulte de interés, la parte expositiva irá acompañada de una pequeña referencia bibliográfica que pueda ser útil para un análisis más profundo del tema tratado en ella.

## 1.2. El derecho de sociedades y el concepto de sociedad mercantil

El derecho de sociedades, como parte del derecho mercantil, es el derecho de la organización jurídica de los empresarios mercantiles colectivos o sociales. Constituye una parte esencial del derecho mercantil, al dedicarse al análisis del concepto, constitución, desarrollo y actividad de estos sujetos en el tráfico, contemplando igualmente el régimen aplicable a su extinción. El derecho de sociedades tiene encomendadas, en consecuencia, la regulación y el estudio de la organización jurídica de las sociedades mercantiles y, de este modo, se ocupa del concepto de sociedad, de los requisitos esenciales de la sociedad como contrato, de los requisitos de constitución (y, consecuentemente, del régimen de la sociedad irregular), así como de la tipología societaria y de los efectos organizativos de la sociedad mercantil (Bisbal Méndez, Llebot Majó, Machado Plazas).

Partiendo de la delimitación propuesta del contenido de nuestra disciplina, resulta necesario, de otro lado, para concretar el objeto de estudio, analizar cuál es el concepto de sociedad mercantil que nos dará las claves sobre el contenido de la misma.

Tradicionalmente (pensemos en el momento en que se promulgó el Código de comercio –CCo–), el concepto de sociedad adoptado incidía en su caracterización como contrato mediante el que dos o más personas se obligaban a poner en común dinero, bienes o industria para realizar una actividad económica con el fin de obtener un lucro repartible entre todas ellas (arts. 1665 Código civil –CC– y 116 CCo.).

Este concepto clásico de sociedad mercantil ha sido objeto de revisión por la doctrina, pudiendo incluso encontrar argumentos legales que apoyen la necesidad de excluir el ánimo de lucro del contenido esencial del concepto de sociedad (por ejemplo, si se analiza el contenido de la Ley de agrupaciones de interés económico, veremos cómo a la AIE le resulta de aplicación supletoriamente el régimen de la sociedad colectiva, aun cuando no puede tener ánimo de lucro para sí misma; en este sentido se ha pronunciado Paz-Ares). De este modo, el concepto de sociedad debe convertirse en un concepto amplio, que integre en su seno toda realidad que suponga una unión y puesta en común con un origen negocial y destinada al desarrollo de una actividad empresarial, con independencia de su calificación civil o mercantil, y que podrá incluir igualmente las asociaciones y otras formas jurídicas de empresa, sea reconocible en ellas o no el ánimo de lucro y la personificación jurídica (Machado Plazas).

Nuestro sistema de derecho societario se articula, además, sobre la idea de la existencia de una «sociedad general del tráfico», que, con carácter general, es la sociedad civil y, con carácter especial en el ámbito mercantil, la sociedad co-

lectiva, para las sociedades que cumplan con los requisitos propios de este tipo social (objeto mercantil; actividad habitual o permanente; carácter externo de la sociedad).

De este modo, frente al concepto restringido o clásico de sociedad, antes apuntado, puede defenderse actualmente la existencia de un concepto amplio de sociedad, que requiere exclusivamente la existencia de un acuerdo entre los socios (origen negocial) dirigido a la consecución de un fin común y que excluye como elemento esencial el ánimo de lucro, dado que esta finalidad común puede no ser lucrativa (Martínez Sanz).

En consecuencia, los elementos característicos de este concepto de sociedad son los siguientes (Machado Plazas):

- El origen negocial de la sociedad, ya que nace de un negocio constitutivo de naturaleza contractual. Este origen negocial es reconocible incluso cuando nos encontremos ante sociedades de naturaleza unipersonal (en nuestro ordenamiento pueden ser unipersonales las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada), ya que en todo caso se trata de un contrato de organización, creándose una entidad que, en mayor o menor medida, dependiendo del tipo de sociedad, se independiza de los socios (Martínez Sanz).
- La finalidad común perseguida por los socios es otro de los elementos esenciales, ya que esta puede no ser lucrativa, pero la persecución del fin común debe orientarse en interés de todos los socios. Así, este criterio, refrendado por el legislador en normas como la ya citada LAIE o en la legislación sobre cooperativas y mutuas de seguros, permite reconocer a estas agrupaciones la naturaleza de sociedades mercantiles.
- Por último, se reconoce como elemento esencial del concepto de sociedad la contribución efectuada por los socios a la sociedad, que supone la creación de un patrimonio autónomo del cual será titular la sociedad, con mayor o menor independencia de los socios, dependiendo del tipo societario establecido, y que permite la consecución de los fines de la sociedad.

### **1.3. Sociedades civiles y mercantiles**

El artículo 116 CCo dispone que «el contrato de compañía... será mercantil, cualquiera que fuera su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código».

Es necesario delimitar cuáles serán los criterios que nos permitan caracterizar como mercantiles a las realidades jurídico-societarias. Ello tendrá consecuencias importantísimas sobre el régimen jurídico aplicable a la concreta socie-

dad, así como respecto a la aplicación, o no, del estatuto del empresario mercantil (con las obligaciones que ello conlleva, fundamentales, por ejemplo, en el ámbito de la contabilidad, la publicidad registral y la responsabilidad).

Nuestro ordenamiento reconoce dos criterios a la hora de determinar la mercantilidad de las sociedades: el **criterio formal** y el **criterio material**.

Así, en un primer momento, nuestro CCo optó por un criterio formal, reconociendo la mercantilidad de las sociedades reguladas por este texto legal: la sociedad colectiva, la comanditaria y la anónima. Este criterio debía completarse, no obstante, con el de la dedicación a una actividad mercantil (de este modo se incluían también las sociedades dedicadas a una actividad de comercio, pero con forma civil). Quedaban incluidas dentro del concepto de sociedad mercantil aun cuando no se hubieran constituido «conforme a las disposiciones del Código», ya que las sociedades irregulares, cuando se dedican a un objeto mercantil, se rigen por las normas de la sociedad colectiva que, como señalamos, tiene carácter de sociedad general del tráfico (mercantil) (Girón Tena).

La promulgación del Código civil vino a complicar esta delimitación efectuada por el CCo, ya que el artículo 1670 de dicho texto legal estableció que «las sociedades civiles, por el objeto al que se consagren, pueden revestir todas las formas reconocidas por el Código de comercio». De este modo, se permitiría el reconocimiento de sociedades de naturaleza civil, pero con forma mercantil (en aquel momento, colectiva, comanditaria o anónima), sin perder su carácter civil.

La finalidad de la norma es que a partir de ese momento se permitió a las sociedades civiles gozar de una organización jurídica (la de la sociedad mercantil), más adecuada al desarrollo de actividades económicas. La utilización de la forma mercantil, no obstante, no supone la atribución del estatuto del empresario mercantil a este tipo de sociedades, aun cuando, respecto a la aplicación de las normas jurídicas, debe concluirse como regla general que las normas mercantiles prevalecerán en este caso frente a las civiles no imperativas, dado que se presumirá que los socios, al someterse a la forma y régimen de las sociedades mercantiles, quieren excluir la aplicación de las normas civiles de carácter dispositivo (Martínez Sanz).

En todo caso, lo que parece claro es que, si bien es posible que las sociedades civiles puedan adoptar una forma mercantil, las sociedades mercantiles no podrán regirse por una forma civil, dado el rigor que el tráfico mercantil exige.

La problemática apuntada respecto de las sociedades civiles con forma mercantil no se plantea actualmente en relación con las sociedades capitalistas, puesto que se adopta el criterio de mercantilidad puramente formal en la Ley de sociedades de capital (LSC; *cf.* art. 2 LSC: «las sociedades de capital, cualquiera que sea su objeto, tendrán carácter mercantil»). Las sociedades capitalistas son, por tanto, mercantiles por su forma, con independencia de la naturaleza civil o mercantil de su objeto.

La atribución de la mercantilidad a una sociedad supone la aplicación a esta de un completo régimen jurídico (el propio del tipo mercantil escogido), así como el propio estatuto jurídico del empresario mercantil (con la excepción de las sociedades civiles con forma mercantil, o sociedades mixtas, que mantienen su naturaleza civil, como se ha manifestado anteriormente, a no ser que el hecho de funcionar en el tráfico a través de una forma mercantil los convierta en empresarios).

#### **1.4. Tipología societaria mercantil**

El artículo 122 CCo establece que las sociedades mercantiles se constituirán adoptando, por regla general, alguna de las formas siguientes: regular colectiva, comanditaria simple o por acciones, sociedad anónima y de responsabilidad limitada.

La expresión *por regla general* no debe inducir a error sobre la posible creación de sociedades mercantiles atípicas. Solo el legislador tiene la facultad de creación de nuevas figuras, por lo que el sistema adoptado por nuestro derecho societario es el de *numerus clausus*. Se trata, por tanto, de una enumeración taxativa, que impide la creación de nuevas sociedades mercantiles no contempladas por la ley.

La adopción de este sistema supone que solo los tipos relacionados son los admisibles en nuestro derecho (y, por tanto, la **autonomía privada de las partes se limita a la libertad de elección del tipo social**), y que, además, **cualquier posible sociedad mercantil atípica será absorbida por el tipo social colectivo**, que cumple la función de sociedad general del tráfico mercantil (véanse al respecto los arts. 145, 148 y 149 CCo o el art. 1 LAIE). «En el ámbito de las sociedades mercantiles, la sociedad colectiva actúa como sociedad general del tráfico mercantil, cuya aplicación no depende de la elección del tipo, sino de la dedicación al comercio; de modo que sus normas se aplican no solo a las compañías expresamente constituidas como colectivas, sino también a todas aquellas sociedades externas, con vocación de continuidad, cuyo objeto es mercantil, que no se pueden incluir en los demás tipos mercantiles específicos» (Machado Plazas). Y ello por las propias exigencias de la actividad mercantil, que no se verían satisfechas por la adopción de formas sociales distintas a las mercantiles.

Las partes solo tienen libertad para elegir el tipo social, aplicándose el principio de imposición de forma (la colectiva) en los siguientes supuestos: 1) Cuando las partes no hayan elegido expresamente un tipo; 2) cuando este se hubiese escogido incorrectamente, y 3) cuando no hubieran cumplido con las exigencias fundacionales del tipo escogido (así, por ejemplo, en los supuestos de constitución de sociedades anónimas o limitadas sin ajustarse al régimen legal previsto para ello).

La «atipicidad» en el derecho de sociedades solo puede admitirse respecto de la posibilidad que tienen los socios de apartarse del régimen legal dispositivo previsto para cada sociedad, siempre que ello no desvirtúe el tipo social, pero no puede alcanzar la creación de tipos sociales no previstos por el legislador. En todo caso, la posibilidad de los socios de apartarse de los principios inherentes al tipo social tiene igualmente límites, que son, además de los generales de la autonomía de la voluntad (ley, moral y orden público, *cf.* art. 1255 CC), los específicos de la caracterización legal del tipo social. En este sentido, no podrían contradecirse los principios inherentes al tipo social: en relación con la sociedad anónima, por ejemplo, el principio de mayoría; en relación con la sociedad de responsabilidad limitada, la nulidad de las cláusulas que hagan totalmente libre la transmisibilidad de las participaciones.

Veamos, pues, cuáles son los tipos sociales típicamente mercantiles más frecuentes, en la clasificación establecida por nuestro ordenamiento:

- La **sociedad colectiva**: sociedad personalista en la que sus socios responden personal, solidaria e ilimitadamente de las deudas contraídas por la sociedad en el ejercicio de su actividad. Como contrapartida, en principio todos los socios gozan de la facultad de gestionar o administrar la sociedad. Sirve, como ya se ha indicado, de tipo residual.
- La **sociedad comanditaria simple**: sociedad personalista en la que coexisten dos tipos de socios, los colectivos y los comanditarios. Estos últimos solo asumen la obligación de efectuar la aportación comprometida, de modo que no responden como los socios colectivos, ni tienen derecho a intervenir en la gestión y administración de la sociedad.
- La **sociedad anónima**: sociedad que tiene su capital dividido en acciones e integrado por las aportaciones de los socios, que no responden personalmente de las deudas sociales, ni poseen, por su condición de socios, derecho a asumir la dirección y administración.
- La **sociedad de responsabilidad limitada**, que reúne rasgos típicos de las sociedades personalistas y de la sociedad anónima, cuyo capital está dividido en participaciones sociales, sus socios responden de forma limitada de las deudas sociales (con el límite de su aportación a la sociedad) y, en

principio, tampoco tienen todos, por su simple condición de socios, derecho a gestionar y administrar la sociedad.

- La **sociedad comanditaria por acciones**: sociedad capitalista cuyo capital se encuentra dividido en acciones, pero en la cual nos encontramos igualmente con socios ilimitadamente responsables.

### 1.5. La sociedad mercantil irregular

Como se ha señalado con anterioridad, la sociedad colectiva, como sociedad general del tráfico mercantil, permite la aplicación de su régimen a toda sociedad que no se hubiera constituido regularmente, en el sentido de no cumplir con las previsiones legales sobre su constitución (para las sociedades mercantiles, con carácter general, se exige un requisito de forma, como es el otorgamiento del contrato en escritura pública y otro de publicidad, su inscripción en el Registro Mercantil; arts. 116 y 119 CCo).

No obstante, antes del cumplimiento de estos requisitos, las sociedades ostentan cierto grado de personificación, por lo que no nos encontramos ante requisitos de naturaleza constitutiva (salvo en el caso de las sociedades de capital, en las que la inscripción registral sí reviste dicha naturaleza; así artículo 33 LSC: «Con la inscripción, la sociedad adquirirá la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido»).

Cuando un contrato de sociedad se estipule sin cumplir con las formalidades legales (en esencia, cuando no se hubiera inscrito en el Registro Mercantil, ya que la forma escritura pública es un elemento necesario para que la sociedad tenga acceso al Registro), y explote una actividad mercantil en su nombre, estaremos ante una sociedad mercantil irregular. Por definición, además, el problema de la irregularidad societaria se plantea exclusivamente en el ámbito mercantil, ya que las sociedades civiles no están sujetas al deber de inscripción.

En relación con el régimen jurídico aplicable a las sociedades irregulares, deben diferenciarse nítidamente dos ámbitos: 1) el de las relaciones internas que ligan a los socios o partes del contrato entre sí y 2) el de las relaciones externas, de la sociedad con los terceros.

En el ámbito de las **relaciones internas**, la irregularidad de la sociedad no supone que los socios no queden obligados por los pactos celebrados, sino que, muy al contrario, deben responder de su obligación de aportar lo prometido y de cumplir las obligaciones asumidas, entre ellas cumplir con las formalidades previstas en cuanto a la regular constitución de la sociedad mercantil.

Con respecto a las **relaciones externas**, frente a la postura inicialmente mantenida por la doctrina y la jurisprudencia, de nulidad de los contratos estipulados por los gestores con los terceros, debe concluirse en la actualidad que

dichos contratos deben ser válidos y eficaces, pudiendo los terceros exigir de la sociedad y de los gestores el cumplimiento de las obligaciones sociales, y permitiendo a los gestores que exijan el cumplimiento de las obligaciones voluntariamente asumidas por los terceros (en otro caso los terceros quedarían desprotegidos, puesto que el régimen de responsabilidad establecido en el artículo 120 CCo no puede sustituir ni eliminar la responsabilidad de la sociedad y, en su caso, la de los socios). Si no fuera así, podrían resultar perjudicados los terceros acreedores a quienes el legislador pretende proteger. Así, el artículo 120 solo puede entenderse en el sentido de añadir, por vía de sanción, un especial régimen de responsabilidad para los encargados de la gestión social, que además fueran responsables de la irregularidad de la sociedad, y que los terceros contratantes podrán invocar (en este sentido, *cf.* Martínez Sanz). De este modo, la personalidad jurídica queda vinculada a la publicidad de hecho y no a la inscripción de la escritura de constitución en el Registro Mercantil.

En consecuencia, **las sociedades irregulares de objeto mercantil se han de regir por las normas de la sociedad colectiva**. El propio artículo 39.1.º LSC permitiría, en una interpretación extensiva, apoyar esta posición, dado que establece que a la sociedad irregular se le aplicará el régimen de la sociedad colectiva o el de la sociedad civil, dependiendo de que el objeto de la sociedad sea mercantil o no. En el caso de que la sociedad se inscriba con posterioridad, se convertirá en sociedad mercantil regularmente constituida de acuerdo con el tipo social que en ejercicio de su *ius electionis* hubieran escogido los socios, pero no cesará la responsabilidad personal y solidaria de los administradores y representantes por los actos y contratos suscritos con anterioridad, ni la de los socios por las deudas anteriores (debe diferenciarse nítidamente, por tanto, el régimen de la sociedad irregular del previsto en los arts. 36 a 38 LSC, aplicable a la sociedad en formación).

## **1.6. La personalidad jurídica de las sociedades mercantiles.**

### **Significado y límites**

El contrato de sociedad se manifiesta en dos vertientes, como son la estrictamente contractual y la vertiente corporativa o institucional. Desde este segundo punto de vista, una vez cumplidas las formalidades legales, nace una persona jurídica distinta de los socios. Pero no todas las sociedades se manifiestan externamente de este modo, sino que los propios socios pueden voluntariamente excluir este efecto organizativo; son las denominadas «sociedades internas» (como, por ejemplo, la asociación de cuentas en participación). En ellas la voluntad de los socios se dirige exclusivamente a la regulación de las relaciones internas, sin intención de que el aspecto corporativo de la sociedad se muestre al exterior.

La constitución regular de una sociedad mercantil supone, en definitiva, la atribución a la misma de personalidad jurídica, que es distinta e independiente de la de los socios (la sociedad goza de capacidad jurídica o de obrar), dando lugar a la creación de una esfera patrimonial autónoma (autonomía patrimonial).

La cuestión más debatida es la determinación de cuál es el momento en que la sociedad mercantil adquiere personalidad jurídica. Esta cuestión, zanjada en relación con las sociedades anónima y de responsabilidad limitada, dado que el artículo 33 LSC establece que estas sociedades adquirirán con la inscripción su personalidad jurídica, se mantiene plenamente viva en relación con las sociedades de personas. De hecho, debe mantenerse en la actualidad el reconocimiento de cierta personificación de las sociedades por la mera exteriorización de las mismas en el tráfico (la denominada publicidad de hecho, que conllevará el reconocimiento de una personalidad jurídica básica o general, por haber expresado los socios su voluntad de organizar su actividad como grupo en el tráfico, mercantil en este caso) (en este sentido, *cf.* Girón Tena).

Es destacable, por tanto, la existencia de grados de personificación jurídica, por cuanto la atribución de personalidad jurídica no es idéntica en todos los supuestos (Embid Irujo), si bien en todo caso supondrá (independientemente de su intensidad):

- Que se dota a la sociedad de una individualidad que permite calificarla de empresario mercantil colectivo.
- Que dota a la sociedad de capacidad y de autonomía jurídicas para actuar y contratar en su propio nombre con terceros y con los propios socios.
- Que se dota a la sociedad de un patrimonio autónomo constituido por las aportaciones de los socios.
- Que se imponen a la sociedad las obligaciones y derechos integrantes del estatuto profesional propio de los empresarios mercantiles, como si se tratase de personas físicas.

La creación de personas jurídicas mercantiles y, en concreto, de sociedades mercantiles en las que los socios asumen una responsabilidad limitada por las deudas sociales puede obedecer, no obstante, a finalidades no lícitas. En ocasiones, la creación de la persona jurídica tiene como finalidad la elusión de la propia responsabilidad. Contra alguna de estas formas de «abuso de la personalidad jurídica», la doctrina y, sobre todo, la jurisprudencia moderna está reaccionando mediante la técnica del «levantamiento del velo» (*lift the veil*) (Embid Irujo, Boldó Roda). Constituyen el fundamento de esta doctrina el deber de ejercer los derechos de buena fe y la prohibición del abuso o ejercicio antisocial del derecho (art. 7 CC), así como el fraude de ley.

Fue en la Sentencia de 28 de mayo de 1984 donde el Tribunal Supremo llevó a cabo una formulación completa de la doctrina del levantamiento del velo. El TS compendia en esta sentencia un conjunto de instituciones y principios jurídicos que sirven de fundamento para la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, como el conflicto entre el principio de seguridad jurídica y de justicia, el fraude de ley, la equidad, la buena fe, el abuso de derecho y el ejercicio antisocial del mismo.

No obstante, esta doctrina del levantamiento del velo societario no es un mecanismo del que deba hacerse uso de forma generalizada, sino que debe constituir un remedio excepcional. Lo que busca es penetrar en el sustrato de la personalidad jurídica y actuar contra lo que hay detrás, en defensa de los terceros, lo cual tiene evidentes consecuencias sobre el principio de seguridad jurídica. De ahí que en ocasiones haya podido criticarse la relativa facilidad con que nuestros tribunales han recurrido a ella.

La aplicación jurisprudencial de la técnica del levantamiento del velo permite unificar los supuestos prácticos en los que se ha utilizado en grupos de casos «típicos» (Boldó Roda):

- Confusión de esferas patrimoniales (unipersonalidad de sociedades, por ejemplo).
- Supuestos de control o dirección efectiva externa (grupos de sociedades).
- Infracapitalización material de sociedades.
- Abuso de la personalidad jurídica en fraude de ley o en incumplimiento de obligaciones.

#### **Lecturas recomendadas**

C. **Boldó Roda** (2006). *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho Privado español* (4.ª ed.). Pamplona: Aranzadi.

C. **Paz-Ares** (1991). «Ánimo de lucro y concepto de sociedad (breves consideraciones a propósito del art. 2.3 LAIE)». En: *Estudios en homenaje a José Girón Tena* (págs. 731 y sigs.). Madrid: Civitas.

## 2. Sociedades personalistas

### 2.1. Introducción

Tradicionalmente se han clasificado las sociedades mercantiles en dos grandes grupos: las sociedades personalistas y las sociedades capitalistas. Las sociedades adscritas a cada uno de ellos comparten rasgos generales y responden a una misma necesidad del tráfico empresarial actual.

No obstante, cuantitativamente, si atendemos a las formas sociales presentes en nuestro entramado empresarial, podremos fácilmente comprobar que son las formas sociales capitalistas las más utilizadas, frente al carácter residual de las formas personalistas (la sociedad colectiva que contiene el régimen de la sociedad general del tráfico mercantil, y la sociedad comanditaria, prácticamente inexistente, pero que puede servir para funciones vinculadas a la sociedad colectiva cuando se desee limitar la responsabilidad de alguno de los socios).

Son rasgos característicos de las sociedades personalistas los siguientes:

- 1) Son sociedades en las que la consideración de la personalidad de cada socio, de sus cualidades personales o patrimoniales, es la causa determinante del consentimiento de los demás para constituir la sociedad;
- 2) Son sociedades de trabajo, en las que los socios pueden administrar los asuntos sociales y a las que los propios socios pueden aportar trabajo.
- 3) Son sociedades de responsabilidad ilimitada para sus socios, que responden personal y solidariamente de las deudas sociales, previa excusión de los bienes de la sociedad (los socios colectivos asumen una responsabilidad subsidiaria por las deudas sociales, pero que es personal, solidaria e ilimitada).

Objeto de análisis en este capítulo es también la agrupación de interés económico, su naturaleza y caracteres como figura de colaboración interempresarial, que satisface necesidades económicas antes resueltas mediante los tipos personalistas tradicionales (Llebot Majó).

## 2.2. La sociedad colectiva

### 2.2.1. Rasgos característicos y concepto

La sociedad colectiva puede definirse como «sociedad organizada sobre una base personalista, para el ejercicio en nombre colectivo de una actividad mercantil, de cuyas consecuencias responden subsidiariamente frente a terceros todos los socios, personal, solidaria e ilimitadamente» (Martínez Sanz).

La sociedad colectiva participa, con el resto de tipos sociales personalistas, de unos rasgos típicos, que pueden fácilmente deducirse de los preceptos dedicados por el CCo a este tipo social (dado que no se ofrece en el articulado del Código una definición del mismo). Estos rasgos característicos son los siguientes:

- La sociedad colectiva es una sociedad de trabajo, los socios participan en una comunidad de trabajo, en la que todos, salvo que dicha facultad se hallara limitada en los estatutos sociales, podrán concurrir a la gestión y administración de los negocios sociales (arts. 129 y sigs. CCo). Además, los socios pueden aportar trabajo a la sociedad colectiva (socio industrial), aportación que, como veremos, está vetada, como tal aportación a capital social, en las sociedades capitalistas (*cf.* art. 58 LSC).
- Es una sociedad personalista, de modo que los socios toman en consideración la personalidad de los restantes socios, de sus cualidades personales o patrimoniales, como causa para consentir la fundación de la sociedad (así, se trata de una sociedad cerrada, *cf.* arts. 143 y 222.1.º CCo).
- Es una sociedad de responsabilidad ilimitada, de modo que los socios responden ilimitadamente de las deudas sociales, de forma personal y solidaria entre los mismos socios, una vez se hubiera hecho excusión de los bienes sociales y estos resultaran insuficientes para el pago de las deudas (arts. 127 y 237 CCo).

La condición de empresario mercantil es adquirida exclusivamente por la sociedad colectiva. Los socios colectivos no son empresarios mercantiles y, en la actualidad, ni tan siquiera existe una norma semejante al antiguo artículo 923 del CCo, que sometía a los socios al procedimiento de quiebra en caso de insolvencia de la sociedad (Martínez Sanz).

### 2.2.2. Requisitos de constitución de las sociedades colectivas y adquisición de la personalidad jurídica

Para su constitución regular, al igual que todas las sociedades mercantiles, el artículo 119 CCo establece que deberá otorgarse el contrato de sociedad en escritura pública, que tendrá que inscribirse en el Registro Mercantil.

No obstante, solo la ley de sociedades de capital dispone expresamente para estos tipos sociales que la inscripción será constitutiva (art. 33 LSC), de modo que ante la realidad de la sociedad colectiva debe concluirse que dicha consecuencia no se deduce del tenor del artículo 119 CCo («Toda compañía de comercio, antes de dar principio a sus operaciones, deberá hacer constar su constitución, pactos y condiciones, en escritura pública que se presentará para su inscripción en el Registro Mercantil»). El precepto reconoce la previa existencia de la sociedad como tal, imponiéndole entonces el deber de inscripción. En consecuencia, en el ámbito de las sociedades personalistas, si la inscripción no tiene carácter constitutivo, hemos de reconocer que antes de la inscripción la sociedad colectiva tendrá personalidad jurídica y será verdadera sociedad colectiva.

En cuanto a los requisitos o menciones de la escritura de constitución de la sociedad colectiva, además de los requisitos formales generales a toda escritura pública, son los artículos 125 CCo y 209 del Reglamento del Registro Mercantil (RRM) los que determinan el contenido mínimo de la escritura de constitución.

De entre los requisitos mencionados en dichos preceptos, conviene centrarse brevemente en la razón social de estas sociedades, dado que constituye la denominación o firma de la sociedad, mediante la cual es individualizada en el tráfico.

La formación de la razón social no puede dejarse al mero arbitrio de los socios, sino que se establecen estrictas normas relativas a la formación de la razón social de la sociedad colectiva.

De este modo, el principio de veracidad exige que la razón social esté formada por el nombre de todos los socios o por el de alguno o algunos con la expresión de las palabras «y compañía» en estos casos, o su abreviatura «y cía» (arts. 126.1 CCo y 400.2 RRM). También los socios industriales pueden incluir su nombre en la razón social, ya que el artículo 126 CCo no distingue. En la denominación podría también incluirse una referencia a una actividad incluida en el objeto social (art. 400.2 RRM). En todo caso, conforme a lo dispuesto en el artículo 403 RRM, deberá incluirse la mención a la forma social o su abreviatura (en este caso, «SC» o «SRC»).

La relevancia de la razón social como elemento de publicidad de la base subjetiva de la sociedad conduce a que el propio artículo 126 CCo establezca que quienes, sin pertenecer a la sociedad, autoricen la inclusión de su nombre en la razón social asumirán la misma responsabilidad solidaria que los socios colectivos, sin perjuicio de la penal, si hubiera lugar a ella. Por ello, el nombre de los socios que salgan de la sociedad deberá igualmente eliminarse de la razón social.

El principio de novedad, que rige igualmente la composición de la razón social, exige, por otro lado, que no pueda adoptarse una razón social idéntica a la de otra sociedad preexistente, independientemente de su clase, inscrita en la sección de denominaciones del Registro Mercantil Central (arts. 395 y sigs. RRM). En consecuencia, una sociedad anónima no puede adoptar la misma razón social que una cooperativa o que una sociedad limitada, aunque deba acompañar a estas, por imperativo legal, la indicación de la forma social.

### 2.2.3. Relaciones jurídicas internas

En el estudio de las sociedades colectivas resulta habitual distinguir entre relaciones jurídicas internas (de los socios con la sociedad) y relaciones jurídicas externas (de la sociedad con terceros). Ambos tipos de normas revisten carácter dispositivo, por lo que los socios, en uso de su autonomía de la voluntad, podrán modificarlas a través de las reglas que incluyan en los estatutos sociales.

#### a) Gestión y administración de la sociedad

Nuestro CCo parte de la distinción entre gestión y representación de la sociedad. Por **gestión** debemos entender un concepto jurídico-material que atiende a la esfera interna de la sociedad, mientras que la **representación** presupone la concesión de un poder cuya actuación supondrá la vinculación inmediata de la sociedad con terceros.

Partiendo de esta distinción, el CCo establece que en principio todos los socios están llamados a la **gestión social** (art. 129 CCo), pero que solo los que se encuentran expresamente autorizados para el uso de la firma social podrán obligar con sus actos a la sociedad (art. 128 CCo). En el supuesto de que existiera divergencia entre los socios gestores y los socios representantes, estos últimos quedan obligados a ejecutar las decisiones de los primeros, no pudiendo contraer obligación alguna contra su voluntad, y, si lo hicieran, incurrirían en responsabilidad por contravención de su deber (art. 130 CCo).

En la práctica, no obstante, los socios suelen designar en la escritura de constitución a unos mismos socios como gestores y representantes que pueden realizar todos los actos necesarios para la explotación del fin social, de forma que actúan como verdadero órgano de administración de la sociedad colectiva. Téngase en cuenta que en este tipo social no es posible que un no-socio sea gestor de la sociedad (autoorganicismo).

El CCo prevé varios sistemas de administración para la sociedad colectiva:

- En primer lugar, una administración interna conjunta («todos los socios están llamados a la gestión social», art. 129 CCo).

- Gestión encargada expresamente solo a algunos de los socios (art. 131 CCo).
- Atribución de la facultad de administrar en el contrato social a una sola persona, el gestor estatutario (arts. 132 CCo y 209.9 RRM), siendo aquí lo decisivo que haya sido nombrado como condición esencial del contrato de sociedad.

La posición de los administradores dependerá de la modalidad escogida por los socios. Los administradores son órganos de la sociedad y están legitimados ante la sociedad y ante los socios no administradores para desarrollar los actos necesarios para la consecución del objeto social (sean de administración o de disposición). No obstante, sus facultades pueden ser objeto de delimitación en la escritura de la sociedad.

Los socios no administradores disponen de un derecho de libre revocación por decisión unánime de los socios administradores (sin embargo, los estatutos, dado el carácter dispositivo de estas normas, podrían prever para este supuesto la decisión de la mayoría). La excepción a esta regla viene representada por el supuesto de administrador nombrado como condición esencial del contrato de sociedad, el gestor estatutario, en cuyo caso no podrá ser removido del cargo, y los socios no administradores, en caso de «perjuicio manifiesto» a la sociedad, podrán optar por, o bien designar a un coadministrador, o bien promover la exclusión del gestor, perdiendo así su condición de administrador (art. 132 CCo). Esta exclusión tendrá que ser declarada por los tribunales.

Los socios administradores deben desempeñar su cargo conforme al estándar de conducta que establece el artículo 144 CCo, norma aplicable a todos los socios, por la cual quedarán obligados a indemnizar a la sociedad por los daños que causen con «malicia, abuso de facultades o negligencia grave» (art. 144 CCo). Debe traerse aquí a colación igualmente el contenido del artículo 135 CCo, sobre la actuación del socio que vulnera sus deberes de lealtad y fidelidad a la sociedad y al resto de socios.

Los socios no administradores no podrán interferir en la actuación de los socios administradores (art. 131 CCo). Esta injerencia lleva consigo la sanción más grave para el socio, como es la de la exclusión de la sociedad (art. 218.2 CCo). No obstante, la imposibilidad de participar de forma directa en la administración social se ve compensada con el extenso poder de vigilancia y control que conservan sobre la administración y la contabilidad, pudiendo hacer las reclamaciones que estimen oportunas para el interés común (art. 133 CCo). La información deberá solicitarse a los administradores, quienes no podrán negar a los socios el examen de los documentos justificativos de los balances que se formen para manifestar el estado de la administración social (art. 173 CCo).

En todo caso, la participación de los socios no administradores será necesaria para la aprobación de las cuentas anuales, para los actos de modificación de la escritura social y para la designación o revocación de los administradores.

### **b) Prohibición de competencia**

Consecuencia del deber de fidelidad que vincula a todo socio con su sociedad, se reconoce en el ámbito de las sociedades colectivas la imposibilidad de que el socio pueda utilizar en provecho propio o de tercero las oportunidades que se ofrecen a la sociedad en el tráfico empresarial. De este modo, el socio queda vinculado por una prohibición de competencia cuyo ámbito, no obstante, varía según la configuración del objeto social.

Así, el artículo 137 CCo establece que si en la escritura social se determinó el género de comercio a que se dedica la sociedad, los socios podrán realizar lícitamente cualquier actividad mercantil que no pertenezca a la clase de actividades a que se dedica la sociedad. En caso contrario, cuando no se especificó el género de comercio de la sociedad colectiva, no podrán realizar actividad mercantil alguna sin que preceda el consentimiento de la sociedad, que en ningún caso podrá negarse sin acreditar que la actividad del socio produciría un «perjuicio efectivo y manifiesto» a la sociedad (art. 136 CCo). En caso de que los socios contraviniesen estas disposiciones, aportarán a la sociedad el beneficio que pudieran obtener de estas operaciones y sufrirán individualmente las pérdidas, si las hubiera.

El régimen de los socios industriales (socios que aportan trabajo a la sociedad) diverge del propio del resto de socios, dado que el artículo 138 CCo les prohíbe dedicarse a actividad alguna. La norma persigue una finalidad clara: que los socios industriales presten su actividad en exclusiva a la sociedad, con independencia de que esta tenga o no un objeto social determinado. No obstante, cabe aquí igualmente la posible autorización unánime de los restantes socios que permita al socio industrial compatibilizar su trabajo en la sociedad con otra actividad económica.

### **c) La participación en las pérdidas y en las ganancias**

Respecto de las ganancias, el artículo 140 CCo establece que, a falta de pacto en contrario, la distribución se efectuará en proporción a la participación de cada socio en la sociedad. Esta posición jurídica de socio se denomina «porción de interés» (art. 140 CCo) o «parte de socio». En todo caso, los estatutos sociales pueden haber establecido un sistema de distribución de los beneficios distinto, haciendo uso los socios de su libertad negocial en este punto.

Los socios industriales paticiparán en los beneficios, a falta de pacto expreso en otro sentido, en igual proporción que el socio capitalista que menos aportó (art. 140 CCo), y la misma norma deberá aplicarse respecto de la parte que en servicios aporte un socio de aportación «mixta» (capital más servicios).

Las pérdidas se distribuirán en la misma proporción entre los socios, sin comprender a los industriales, naturalmente salvo pacto en contrario que los haga partícipes de ellas (art. 141 CCo). Los socios podrán establecer una participación en las pérdidas distinta, limitando la responsabilidad de algún socio, si bien se considerará nula y se tendrá por no puesta la cláusula que exonere de responsabilidad a algún socio (salvo los industriales) de la participación en las pérdidas (art. 1691 CC: «Es nulo el pacto que excluya a uno o más socios de toda parte en las ganancias y en las pérdidas. Solo el socio de industria puede ser eximido de toda responsabilidad en las pérdidas»). Las reglas que los socios establezcan respecto a la limitación de responsabilidad de algún socio solo tendrán efecto en el ámbito interno; frente a terceros, el socio responderá del mismo modo que el resto de socios (art. 127 CCo), solo que dispondrá posteriormente de una acción de regreso contra ellos. Del mismo modo, cuando la responsabilidad se haga efectiva frente a un socio industrial, este dispondrá de un derecho de regreso frente a los socios capitalistas.

#### **2.2.4. Relaciones jurídicas externas**

##### **a) Representación de la sociedad**

Frente a terceros, la representación supone la manifestación de la voluntad social, pudiendo ser conferida a todos los administradores o solo a algunos o alguno de ellos. Para que el acto del administrador pueda vincular a la sociedad, este deberá estar autorizado para el uso de la firma social y deberá haber obrado en nombre de la sociedad. De este modo, los socios no autorizados para usar la firma social no vincularán a la sociedad (art. 128 CCo). No obstante, como es sabido, nuestro ordenamiento tutela situaciones determinadas de apariencia que generan confianza en los terceros de buena fe, como ocurre en el supuesto del factor notorio.

En este tipo de sociedades puede resultar extremadamente difícil delimitar el ámbito del poder (la doctrina viene entendiendo que se extiende a todos los asuntos comprendidos en el giro o tráfico de la empresa, en el objeto social). Pueden existir sociedades colectivas sin objeto determinado, por lo que el poder será prácticamente ilimitado en estos casos, dado que, de existir limitaciones, estas solo tendrán eficacia en el ámbito interno, nunca frente a terceros, a quienes no serán oponibles (a excepción de los terceros de mala fe). No obstante, en estos supuestos, si bien la sociedad quedará vinculada por la actuación del administrador, este respondería por el daño causado ante la sociedad (*cf.* art. 144 CCo).

Por otra parte, si el administrador usa la firma social en provecho propio y no en interés de la sociedad (su deber de fidelidad le obliga a perseguir el interés social), aparte de la eventual vinculación de la sociedad con los terceros con quienes se contrató, el administrador perderá las posibles ganancias que le correspondiesen del negocio a favor de la sociedad (además de la obligación de reintegro de los fondos que hubiera usado y de la obligación de indemnizar a la sociedad por los daños y perjuicios), constituyendo esta circunstancia, además, causa de exclusión de la sociedad (arts. 135 y 218.1.º CCo).

#### b) Responsabilidad de la sociedad y de los socios

La sociedad responde conforme al principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor sentado en el artículo 1911 del Código Civil, conforme al cual el deudor responde con todos sus bienes, presentes y futuros. Junto a la responsabilidad de la sociedad, el Código de comercio establece también la responsabilidad ilimitada de los socios, que, sin embargo, reviste los siguientes caracteres:

- Se trata de una **responsabilidad subsidiaria**, lo que quiere decir que conforme al artículo 237 CCo, deberá en primer lugar hacerse excusión de los bienes de la sociedad (estos deberán ser atacados por los acreedores) y solo en caso de insuficiencia patrimonial de la sociedad podrán los acreedores ejecutar sus créditos sobre el patrimonio personal de los socios colectivos.
- La responsabilidad es **solidaria entre los mismos socios**, de modo que los acreedores de la sociedad podrán dirigir su acción contra cualquiera de los socios por el importe total de la deuda, incluidos los industriales. El socio que hubiera satisfecho el total de la deuda a los acreedores, tendrá derecho de reembolso de la parte que corresponda en las pérdidas al resto de socios. En caso de tratarse de un socio industrial, salvo que en los estatutos se le haga responsable de una parte de las pérdidas, tendrá derecho a repetir todo lo pagado contra los demás socios. Debe advertirse en este punto la importante diferencia que supone con el régimen mancomunado de responsabilidad propio de la sociedad civil, dado que en este caso el acreedor solo podrá reclamar a cada deudor la parte de deuda que le corresponda, debiendo soportar la insolvencia de aquel que no pueda afrontar el pago reclamado, que en la sociedad colectiva es soportada por el socio que satisface la deuda.
- La naturaleza de la sociedad como entidad con personalidad jurídica propia y titular de un patrimonio separado del personal de los socios conlleva el hecho de que **los acreedores de los socios no podrán atacar los bienes sociales para la satisfacción de sus créditos**, sino que únicamente podrán embargar y percibir lo que por beneficios o liquidación correspondiera al socio deudor, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 174 CCo.

- La responsabilidad de los socios es **personal**, dado que el patrimonio afectado por la responsabilidad por las deudas sociales es el suyo propio, distinto del patrimonio social. Responden además con su patrimonio de forma ilimitada (con todos sus bienes presentes y futuros, naturalmente previa exclusión, como se ha dicho, de los bienes sociales), conforme al artículo 1911 CC (principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor).

### **2.3. La sociedad comanditaria simple**

#### **2.3.1. Concepto y caracteres**

La sociedad comanditaria simple es un tipo social que se adscribe al grupo de las sociedades personalistas. Son reconocibles en ella los rasgos típicos de estas, a saber: su constitución en atención a las condiciones personales o patrimoniales de los socios colectivos, y por mostrarse como un instrumento adecuado para la asociación de capital y de trabajo con la finalidad de ejercer una actividad mercantil.

La sociedad comanditaria simple ha sido tradicionalmente tratada en la legislación como un subtipo o subespecie de la sociedad colectiva, de la cual se diferencia por el reconocimiento en su seno de dos tipos de socios: los socios colectivos, cuyo régimen es el propio de los socios de la sociedad colectiva, anteriormente expuesto, y los socios comanditarios, que se benefician del privilegio de la limitación de responsabilidad por su aportación social, pero que en contrapartida no pueden gestionar la sociedad (más adelante será objeto de comentario esta prohibición).

Siguiendo, por tanto, la definición antes expuesta de sociedad colectiva, podría definirse la sociedad comanditaria simple como aquella sociedad personalista dedicada en nombre colectivo y con responsabilidad limitada para unos socios e ilimitada para otros a la explotación de una industria mercantil (en este sentido, *cf.* Garrigues).

Cuantitativamente es una figura apenas utilizada en la práctica, dada la prevalencia de otros tipos sociales (capitalistas) que permiten beneficiarse de la limitación de responsabilidad con un régimen jurídico más completo y adecuado al ejercicio de una actividad mercantil.

#### **2.3.2. Constitución de la sociedad comanditaria simple**

Las formalidades constitutivas son las mismas requeridas para la sociedad colectiva, si bien en la escritura deben hacerse constar las menciones exigidas por los artículos 125 CCo y 209 RRM, además de las contenidas en el artículo 210

RRM, que obedecen a su específica naturaleza (identidad de los socios comanditarios, aportaciones de los socios comanditarios y su valoración cuando no sean dinerarias, art. 172 CCo; régimen de adopción de los acuerdos sociales).

La denominación (razón social) es de carácter subjetivo, conformándose del modo previsto en los artículos 146 CCo y 400.2 RRM: la razón social ha de formarse con el nombre y apellidos (o solo un apellido), o la denominación social de todos, algunos o alguno de los socios colectivos, añadiendo en estos dos últimos casos las palabras «y compañía», o su abreviatura «y cía», y, en todos, la expresión «sociedad en comandita» o sus abreviaturas «S en C» o «SCom» (art. 403 RRM). Podrá incluirse igualmente en la razón social una referencia a una actividad que esté incluida en el objeto social (art. 400.2 RRM).

Los socios comanditarios no podrán incluir su nombre en la razón social, y en caso de consentir su inclusión, responderán frente a terceros como socios colectivos, sin adquirir en ningún caso los derechos propios de estos (art. 147 CCo).

### **2.3.3. Relaciones jurídicas internas**

#### **a) La aportación del socio comanditario**

La aportación del socio comanditario resulta de especial trascendencia en este tipo de sociedades, dado que se considera como cuota del capital social (integrante del fondo de explotación de la sociedad) y simultáneamente como suma de responsabilidad (límite de la responsabilidad) asumida por el socio.

Este doble carácter de la aportación del socio comanditario impide que su aportación consista en trabajo. Por el contrario, podría derogarse el sistema dispositivo legal estableciendo una mayor responsabilidad del socio comanditario, que ofrecería una suma superior a su aportación en garantía del pago de las deudas sociales.

#### **b) La gestión de la sociedad**

Los socios colectivos son los únicos que están facultados para gestionar la sociedad, prohibiéndose (art. 184.4 CCo) a los socios comanditarios realizar ningún acto de administración de los intereses de la sociedad, ni tan siquiera como apoderados de los socios colectivos, que sí gozan de facultad de gestionar.

Se plantea, por tanto, la vigencia en la actualidad de dicha prohibición tan tajante y, sobre todo, la posibilidad de encomendar, al menos en el ámbito interno, alguna tarea de administración al socio comanditario.

En cuanto a las consecuencias de la transgresión de la prohibición de gestionar que el CCo impone al socio comanditario, tampoco quedan claramente determinadas en el CCo. En este sentido, convendría diferenciar, en todo caso, dos supuestos de hecho diferentes:

- Que se hubiera atribuido al socio comanditario por la propia sociedad alguna tarea de gestión. En este caso, el socio comanditario pasará a responder frente a terceros de forma ilimitada de las obligaciones contraídas como consecuencia de su intervención en la gestión, equiparándose a un socio colectivo (se trata de un supuesto de protección de la apariencia creada ante los terceros, que creen estar ante un socio colectivo). Sin embargo, internamente el socio no podrá ser sancionado con la exclusión (*cf.* art. 218.2 CCo) o la exigencia de responsabilidad ex. arts. 149 y 144 CCo.
- En caso de que el socio comanditario no goce de autorización por parte de la sociedad para el desempeño de tareas de gestión, el socio resultará responsable ex. arts. 149 y 144 CCo, además de poder llegar a ser excluido de la sociedad, conforme a lo dispuesto en el artículo 218.2 CCo.

Los socios comanditarios, dado que no pueden, en principio, participar en la gestión social, gozan de un derecho de información contable, contenido en el artículo 150 CCo. El ejercicio de este derecho está limitado en su ejercicio a las épocas y condiciones establecidas en el contrato o sus complementos adicionales.

En ningún caso debe pensarse que el socio comanditario sea un socio de peor condición que el socio colectivo: su concurso es necesario para toda adopción de acuerdos que tenga efectos en la estructura de la sociedad (por ejemplo, la aprobación de las cuentas anuales y la gestión social, y el nombramiento y revocación de administradores). De hecho, la norma contenida en el artículo 212 RRM, respecto de las modificaciones del contrato social, debe interpretarse en el sentido de que, frente a la regla supletoria de unanimidad de los socios colectivos, respecto de los comanditarios la legislación ha optado por no establecer una regla expresa, de modo que serán los estatutos sociales los que determinen su participación (necesaria) en este tipo de acuerdos. En caso de ausencia de cualquier manifestación al respecto en la escritura social, el régimen será la unanimidad también de los socios comanditarios (Martínez Sanz).

La escritura social de la sociedad comanditaria simple deberá recoger la forma de adoptar acuerdos sociales, indicando cómo participarán en ella los socios comanditarios (art. 210.3 RRM).

### c) La participación en ganancias y pérdidas

Los beneficios y las pérdidas se repartirán de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 140 y 141 CCo, rigiendo aquí el principio de igualdad, dado que, como ya hemos manifestado, el socio comanditario no es de peor condición

que el colectivo. No obstante, en relación con las pérdidas, estas se distribuirán entre los socios comanditarios, tomando como límite su aportación o, en su caso, la suma adicional que hubieran ofrecido como garantía. En caso de existir exceso, será asumido exclusivamente entre los socios colectivos (con responsabilidad personal ilimitada, subsidiaria respecto de la sociedad, pero solidaria entre los mismos socios).

#### **2.3.4. Las relaciones jurídicas externas**

##### **a) La representación de la sociedad comanditaria simple**

La representación corresponde a los **socios autorizados para el uso de la firma social**: únicamente los **socios colectivos**. La atribución de alguna función gestora a los socios comanditarios podrá realizarse exclusivamente en el ámbito interno, ya que en otro caso se desnaturalizaría su posición en la sociedad (la protección de la apariencia ante terceros obligaría a asimilarlos a verdaderos socios colectivos en estos supuestos, como ya se ha indicado con anterioridad).

##### **b) Responsabilidad de los socios comanditarios y colectivos**

La responsabilidad de los socios colectivos ya ha sido abordada en el tratamiento de la sociedad colectiva.

En cuanto al socio comanditario, si este ya ha completado su aportación al fondo común, no debe verse sometido a reclamación alguna de los acreedores sociales, a no ser que hubiera ofrecido una suma superior a su aportación en garantía. En los supuestos en los que el socio comanditario no ha completado su aportación o le ha sido restituida indebidamente, responderá personalmente frente a terceros hasta el límite de dicha aportación prometida. Los acreedores dispondrán de una acción directa contra el socio comanditario hasta dicho límite, debiendo previamente hacer excusión de los bienes sociales (art. 237 CCo).

El socio comanditario asume responsabilidad ilimitada por las deudas sociales en los supuestos en los que consienta su inclusión en la razón social (art. 147 CCo) o desempeñe funciones de gestión previa autorización de la sociedad, como se ha comentado anteriormente al tratar de la gestión de la sociedad comanditaria simple.

#### **2.4. Modificaciones de las sociedades personalistas**

Como regla general, las modificaciones del contrato social en este tipo de sociedades deben ser adoptadas por unanimidad de los socios. No obstante, esta regla dispositiva podrá ser sustituida por las reglas establecidas por los socios en la escritura de sociedad.

Las modificaciones sociales pueden clasificarse en dos grandes grupos: aquellas que afectan a la estructura personal de la sociedad (a su composición subjetiva) y las que se refieren a la transformación o cambio de tipo social, de la que se realiza una breve descripción, siendo objeto de análisis conjuntamente con el régimen de modificaciones estructurales del resto de sociedades mercantiles (actualmente reguladas conjuntamente por la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, en adelante LMESM).

#### **2.4.1. Modificaciones subjetivas**

Los supuestos principales de modificación son los siguientes: transmisión de la condición de socio, inclusión de nuevos socios, disolución parcial de la sociedad y salida de algún socio, subsistiendo la sociedad respecto de los demás.

Para la transmisión de la condición de socio o la inclusión de nuevos socios, se requiere el consentimiento de todos los socios colectivos (arts. 143 CCo y 212.2 RRM) y se han de cumplir las mismas formalidades exigidas para la constitución de la sociedad, dado que se trata de supuestos de novación subjetiva del contrato social.

La disolución parcial de la sociedad puede producirse por la separación de alguno de los socios o por su exclusión de la sociedad.

El socio tiene la posibilidad de desvincularse del contrato de sociedad, ejercitando el derecho reconocido en el artículo 225 CCo. Se plantea, no obstante, la cuestión de la necesidad de alegar una justa causa de la separación por parte del socio que desea desvincularse del contrato social. En principio, podemos concluir que si la sociedad se ha constituido con duración indefinida, el socio no precisará alegar causa justa alguna. Por el contrario, si la sociedad tiene una duración determinada, el socio deberá justificar el ejercicio de su derecho de separación; en otro caso quedaría a su arbitrio el cumplimiento del contrato, conforme al principio de interdicción de la arbitrariedad en el cumplimiento de los contratos contemplado en el artículo 1256 del Código civil.

La exclusión está prevista en el CCo como sanción para el socio que incumple gravemente sus deberes con la sociedad, conforme a lo dispuesto en el artículo 218 CCo. Esta sanción requiere únicamente un acuerdo del resto de socios, y solo cuando el socio afectado por la exclusión no se muestre conforme se requerirá una sentencia judicial que constate la decisión. Igualmente, será necesaria la sentencia judicial de exclusión cuando estemos ante una actuación perjudicial para la sociedad por parte del gestor estatutario, así como cuando se trate de una sociedad personalista de dos socios, en cuyo caso la exclusión de uno de ellos determinará la disolución de la sociedad, dado que no se admite la existencia de sociedades personalistas unipersonales.

En todo caso, el socio que se separa o que queda excluido deberá recibir su cuota de liquidación. Deberán terminarse las operaciones pendientes, determinando si hay líquido de la sociedad para así poder valorar la cuota de liquidación del socio separado o excluido. Normalmente será el acuerdo entre la sociedad y el socio el que determine su valor, o bien el sistema establecido en la escritura. En defecto de cualquier criterio al respecto, debe reconocerse al socio el derecho a obtener el valor real de dicha participación.

El socio separado o excluido deberá, conforme a lo dispuesto en los artículos 225 y 219 CCo, permitir que se concluyan las operaciones pendientes de la forma más conveniente para la sociedad. La principal diferencia entre el socio separado y el excluido reside en que el primero participará también de los resultados prósperos de estas operaciones, mientras que el excluido solo participará en las pérdidas, en caso de que existieran, pero no de los beneficios obtenidos (al menos temporalmente, en tanto no se le restituya su participación en el fondo social; *cf.* art. 219 CCo).

El CCo no determina si la cuota de liquidación será pagada en metálico o con bienes. Resulta evidente, no obstante, que en caso de dificultad en la división del patrimonio social por comprometer la continuación de su actividad, y dado que la sociedad debe subsistir entre los demás socios, parece más razonable que la sociedad pueda abonar dicha cuota en metálico.

#### **a) Responsabilidad del socio saliente**

En todos los supuestos analizados anteriormente, el socio colectivo que ha dejado de pertenecer a la sociedad responde frente a terceros de las obligaciones contraídas por la sociedad antes del acto de modificación como si continuara formando parte del presente de la misma, dado que el acto modificativo es inoponible a los terceros que contrataron con la sociedad confiando en la responsabilidad de este socio. En el supuesto de que los terceros acreedores consintieran la modificación, el socio quedaría liberado de responsabilidad, dado que esta especial responsabilidad se establece en protección de terceros acreedores.

De hecho, frente a terceros, la realidad registral será la que determine quiénes son los socios responsables, de modo que el socio, aun en el supuesto de exclusión, continuará respondiendo por las nuevas obligaciones hasta que no se hubiera procedido a la publicación registral de la modificación operada en el contrato social (*cf.* art. 220 CCo). Dicha responsabilidad reconocida en el ámbito externo no supone que el socio deba asumir internamente también la responsabilidad, sino que deberá quedar indemne de las consecuencias derivadas de estas obligaciones.

#### **b) Mantenimiento de la personalidad jurídica**

Estas modificaciones subjetivas no suponen alteración de la personalidad jurídica de la sociedad personalista, y, en consecuencia, no afectan a los contratos de tracto sucesivo celebrados por la sociedad con terceros. No obstante, podría reconocerse a favor del tercero, en el caso de que la salida del socio supusiera un **cambio esencial de las circunstancias contractuales que le condujeron a la prestación del consentimiento contractual, la posibilidad de denunciar la vigencia del contrato.**

### c) La responsabilidad de los nuevos socios

Los nuevos socios que se incorporan a la sociedad (por inclusión de nuevos socios o por transmisión de la condición de socio que ostentaba un socio anterior) pasarán a responder sin distinción de todas las deudas sociales y no solo de las contraídas con posterioridad a su entrada en la sociedad (*cf.* art. 127 CCo). En el supuesto de haberse pactado la limitación de responsabilidad por las deudas anteriores, este pacto solo tendrá eficacia interna y no podrá ser opuesto a los terceros. Para el supuesto de que el socio saliente se hubiera visto compelido al pago de una deuda social, podrá reclamar del adquirente el reembolso de lo pagado por su cuenta.

## 2.4.2. La transformación de las sociedades personalistas

La transformación supone una modificación esencial del contrato social (dispone el art. 3 LMESM que «en virtud de la transformación una sociedad adopta un tipo social distinto, conservando su personalidad jurídica»), por lo que en principio requiere el consentimiento unánime de todos los socios, sean colectivos o comanditarios. No obstante, en el contrato social podrá establecerse la forma de adoptar dichos acuerdos, según lo dispuesto en el artículo 212.1 RRM (unanimidad de los socios colectivos y mayoría de los comanditarios, o mayoría de colectivos y comanditarios), dado que, conforme dispone el artículo 10 LMESM, «el acuerdo de transformación se adoptará con los requisitos y formalidades establecidos en el régimen de la sociedad que se transforma».

La transformación deberá constar en escritura pública, que deberá contener todos los requisitos o menciones necesarias para constituir el tipo social nuevo, además de las menciones del artículo 18.2 LMESM, quedando supeditada su eficacia a la inscripción en el Registro Mercantil (art. 19 LMESM).

En todo caso, los socios colectivos que asuman una responsabilidad ilimitada tras la transformación, responderán del mismo modo por las deudas contraídas con anterioridad (art. 21, 1º LMESM). Salvo que los acreedores sociales hayan consentido expresamente la transformación, subsistirá la responsabilidad de los socios que respondían personalmente de la sociedad transformada por las deudas sociales contraídas con anterioridad a la transformación de la sociedad (transformación en una sociedad en la que el socio tiene una responsabilidad limitada a su aportación a la sociedad) (art. 21.2.º LMESM), ya que no puede modificarse el régimen de responsabilidad por la sola voluntad del

deudor y sin el consentimiento del acreedor. Esta responsabilidad prescribirá a los cinco años desde la publicación de la transformación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORME).

## **2.5. Disolución y liquidación de las sociedades personalistas**

La disolución de las sociedades constituye el presupuesto necesario de la liquidación y ulterior extinción de la sociedad. La disolución, por tanto, no opera como causa automática de extinción de la sociedad, sino que supone solo el fin de la actividad de la sociedad y el inicio de las operaciones liquidatorias.

Son causas de disolución las establecidas en los artículos 221, 222 y 224 CCo:

- Cumplimiento del término fijado en el contrato.
- Conclusión de la empresa que constituye su objeto.
- Pérdida total del capital.
- Concurso de la sociedad.
- Acuerdo unánime de todos los socios.
- Denuncia unilateral del contrato, si se estipuló por tiempo indefinido, siempre que no concurra mala fe en el socio que ejercite la denuncia.
- Muerte o inhabilitación del socio gestor.
- Fallecimiento de un socio colectivo (no obstante, en la escritura social puede establecerse que la sociedad continuará entre los socios sobrevivientes, abonando a los herederos la cuota de liquidación del fallecido, o puede permitir la inclusión como socios de los herederos del socio fallecido).

La única causa de disolución que opera de forma automática es el transcurso del tiempo, el resto han de hacerse valer por los socios. Estos podrán incluso eludir la disolución por transcurso del tiempo si antes del vencimiento del plazo acuerdan la prórroga de la sociedad por acuerdo unánime (art. 223 CCo).

La disolución deberá inscribirse en el Registro Mercantil, sin producir mientras tanto efectos en perjuicio de terceros (art. 226 CCo).

Una vez disuelta la sociedad, cesa su actividad respecto a la consecución del objeto social, iniciándose las operaciones de liquidación. Son consecuencias de la apertura del procedimiento de liquidación la limitación de sus actividades a las operaciones liquidatorias y la sustitución del órgano de administración por los liquidadores, órganos de la sociedad en liquidación.

Serán designados liquidadores los indicados en la escritura de sociedad, o, en su defecto, los administradores, a no ser que se oponga a ello algún socio, y entonces será de aplicación el artículo 229 CCo. En este caso, se convocará junta general de socios que designe a los liquidadores de la sociedad.

Los liquidadores tienen limitadas sus facultades, sin poder iniciar nuevas operaciones. Solo podrán conservar y administrar el patrimonio social y liquidar las operaciones pendientes (art. 228 CCo). Sus obligaciones y responsabilidad vienen determinadas en los artículos 230 y 231 CCo.

Cuando el patrimonio social fuera insuficiente para la satisfacción de los créditos de los acreedores sociales, los liquidadores podrán exigir a los socios las cantidades pendientes (salvo a los comanditarios que hubieran realizado por completo su aportación y a los industriales, que no responden, en principio, de las deudas sociales). En caso de existir un remanente en el patrimonio social tras el pago de las deudas, este se dividirá entre los socios, de acuerdo con las reglas para la partición de la herencia. Los socios, no obstante, pueden autorizar a los liquidadores a la venta del haber social para repartir la cuota de liquidación en metálico. En todo caso, rige la norma del artículo 225 CCo, en el sentido de que no podrá procederse al reparto del haber social sin haber satisfecho anteriormente las deudas y obligaciones de la sociedad o sin haber depositado previamente su importe, cuando no se pudiera proceder inmediatamente a su satisfacción. Los acreedores que se vieran perjudicados por el reparto sin haber cumplido esta norma podrán impugnar la partición y exigir el retorno a la situación de indivisión del haber de la sociedad.

## **2.6. El contrato de cuentas en participación**

Con su origen en la *commenda* medieval, las cuentas en participación constituyen una figura asociativa de gran utilidad por tres motivos principalmente: el primero, porque permite mantener oculta la participación de una o varias personas; en segundo lugar, permite la participación de estas en los beneficios de la actividad económica; en tercer y último lugar, porque no requiere ninguna formalidad para su estipulación. Su análisis en esta sede obedece a su indudable naturaleza societaria, como sociedad interna, aun cuando carece de personalidad jurídica por mandato legal (*cf.* art. 241 CCo).

### **2.6.1. Concepto y caracteres**

Mediante las cuentas en participación, uno o varios sujetos aportan capital o bienes a otro para participar en los resultados de una actividad económica que este desarrolla en su nombre y, en aparencia, por su única cuenta.

De ahí el concepto expuesto por el artículo 239 CCo: «Podrán los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas con la parte del capital que convinieren y haciéndose partícipes de sus

resultados prósperos o adversos en la proporción que determinen». De esta definición podemos extraer las notas características de esta figura asociativa y de colaboración económica:

- No es necesario que ambas partes, denominadas gestor y partícipe, sean comerciantes. Por otra parte, cualquiera de las partes puede ser persona física o jurídica (STS de 30 de julio de 1996 [RJ 1996/6077]).
- La participación puede ser unilateral o bilateral, sin ser necesario que las participaciones sean recíprocas.
- El contrato puede tener por finalidad la explotación de un único acto (una compraventa de las establecidas en el art. 325 CCo) o para la explotación de actividades económicas duraderas por tiempo determinado o indeterminado.
- La aportación del partícipe debe ser destinada al objeto para el cual se estipuló el contrato de cuentas en participación. En caso contrario, podrá reclamar el partícipe al gestor, incurriendo este en responsabilidad.
- El partícipe puede aportar cualquier bien susceptible de valor económico y que sea aprovechable para el objeto contractual. No obstante, no parecen admisibles las aportaciones de trabajo o servicios ni las aportaciones a título de mero uso, en este último caso, porque pueden crear la apariencia a terceros acreedores de que pertenecen al gestor.
- Las aportaciones realizadas se integran en el patrimonio del gestor, que adquiere su titularidad, sin que el contrato genere en ningún caso la creación de un patrimonio común. De hecho, no se crea una razón social ni ningún indicio que pueda hacer creer que existe externamente ninguna relación jurídica de tipo societario.
- Gestor y partícipes participan de los resultados de la actividad, sean prósperos o adversos, resultando ilícita la exclusión de participar en las pérdidas por contravenir la prohibición del pacto leonino. El partícipe responderá de las pérdidas de la actividad hasta el límite de su aportación y de los beneficios en la proporción pactada (art. 239 CCo) o, en su defecto, según su porción de interés.

El contrato de cuentas en participación es consensual, de modo que no requiere del cumplimiento de ninguna formalidad para su perfección. Su existencia podrá probarse por cualquiera de los medios reconocidos en el derecho (art. 240 CCo).

### 2.6.2. Relaciones jurídicas entre el gestor y el partícipe

El contenido del contrato será el que determine las relaciones entre las partes. En defecto de pacto, en las relaciones internas se aprecia una clara semejanza con la relación existente entre los socios colectivos y los comanditarios, pudiendo aplicárseles, en caso de necesidad, las normas de la sociedad comanditaria (en este sentido, *cf.* Garrigues).

La principal obligación del gestor consiste en realizar su aportación, sea en capital u otro elemento patrimonial. Dicha aportación pasa a ser titularidad del gestor, sin que surga un patrimonio o fondo común en ningún caso. Si existe incumplimiento de esta obligación, el gestor podrá reclamarle su cumplimiento, mas no los acreedores del gestor, que carecen de acción directa contra el partícipe. Únicamente si el gestor les hace cesión de sus derechos podrán exigirle al partícipe el cumplimiento total o parcial de su obligación de aportar (art. 242 CCo).

El partícipe, por otra parte, asume igualmente una obligación de no injerencia en la gestión, que puede desprenderse del contenido de los artículos 241 y 242 CCo. Dispondrá, como máximo, de un derecho de información similar al del socio comanditario.

Respecto del gestor, sus obligaciones son las siguientes:

- Destinar la aportación del partícipe al objeto pactado por las partes.
- Explotar el negocio, acto o actividad pactados, y ello conforme al estándar de diligencia del comerciante ordenado y del representante leal. El desarrollo de esta actividad será realizado por el gestor en su propio nombre y bajo su responsabilidad individual, sin poder recurrir a una razón social común ni usar de más crédito directo que el suyo propio, conforme al tenor del artículo 241 CCo.
- Permitir al partícipe o partícipes la participación en los resultados del negocio, rindiéndoles cuenta justificativa de su actuación. La participación en los beneficios se efectuará conforme a lo pactado y, en defecto de pacto, conforme a la participación en el negocio de gestor y partícipe. En cuanto a las pérdidas, el gestor compromete su patrimonio presente y futuro, mientras la responsabilidad asumida por el partícipe se limita a su aportación (por analogía, art. 148 CCo; art. 241 CCo). La rendición de cuentas se efectuará, en principio, al terminar las operaciones (art. 243 CCo), si bien deberá también estarse a lo establecido en el contrato. A falta de pacto, si las relaciones debieran ser largas o indefinidas, parecería correcto que el gestor rindiera cuentas anualmente.
- Finalmente, el gestor deberá devolver su aportación al partícipe, caso de que exista, y dicha obligación estará sometida al principio nominalista.

No obstante, podría pactarse también entre las partes que las pérdidas o ganancias se computarán solo en el momento de extinción de la relación, lo que supondría un aumento o reducción de la aportación efectuada en su día por el partícipe.

### **2.6.3. Relaciones jurídicas externas: relaciones entre el gestor y los terceros**

El gestor explota el acto o actividad en nombre propio y a título individual, de manera que la participación de otros sujetos, en principio, permanece oculta a terceros. Por ello, los terceros únicamente tratarán con el gestor (arts. 241 y 242 CCo), que es el único encargado de la gestión. En consecuencia, solo el gestor podrá accionar contra los terceros con los que contrató, y estos contra aquel, sin que el partícipe pueda inmiscuirse en estas relaciones, ya que no podrá demandar a los terceros, ni ser demandado por ellos. No obstante, el gestor puede ceder sus derechos a los partícipes.

De igual modo, será el gestor quien reciba la calificación de comerciante, cuando así resulte de la ejecución del contrato.

### **2.6.4. Extinción del contrato de cuentas en participación**

Constituyen causas de extinción del contrato de cuentas en participación las siguientes: acuerdo de las partes; denuncia del contrato por cualquiera de las partes (con justa causa si se estipuló por tiempo determinado y sin necesidad de alegarla si lo fue por tiempo indeterminado); cumplimiento del plazo marcado en contrato; imposibilidad o conclusión de su objeto; muerte del gestor. Conforme al tenor de la nueva Ley concursal (*cf.* art. 61.2), no parece posible considerar como causa de extinción automática del contrato de cuentas en participación la sola declaración de concurso del gestor.

## **2.7. La agrupación de interés económico**

La agrupación de interés económico (AIE) es un nuevo tipo de sociedad regulado por la Ley 12/1991, de 29 de abril, de agrupaciones de interés económico (LAIE). La inclusión de la AIE en un análisis de derecho societario resulta coherente si mantenemos, como se ha hecho en estos módulos, que el ánimo de lucro no forma parte de la esencia del concepto de sociedad, ya que conforme dispone la LAIE, este tipo social se caracteriza por la ausencia de ánimo de lucro (art. 2.2 LAIE).

Son caracteres de este tipo social los siguientes:

- Se trata de una sociedad externa, que goza de personalidad jurídica (art. 1 LAIE). Su falta de inscripción en el Registro Mercantil únicamente comportará los efectos propios de la doctrina de las sociedades irregulares (Llebot Majó).
- Es una sociedad mercantil, es empresario mercantil por razón de la forma, independientemente de la naturaleza de las actividades integrantes de su objeto social. Tiene la condición de empresario colectivo y queda sujeta al estatuto del empresario mercantil.
- En cuanto a su régimen jurídico, está conformado por elementos personalistas y capitalistas. Entre los primeros, pueden destacarse la transmisibilidad de la participación en la sociedad, sujeta al consentimiento de todos los socios (art. 15 LAIE); el régimen de adopción de los acuerdos sociales por unanimidad (art. 10.2 y 3 LAIE); la vinculación entre las vicisitudes personales de los socios y la subsistencia de la sociedad (arts. 15, 16 y 17 LAIE), así como el ámbito de las relaciones jurídicas externas en el régimen de responsabilidad propio de los socios: asumen una responsabilidad personal, solidaria e ilimitada, pero subsidiaria respecto de la sociedad, por las deudas de la agrupación (art. 5 LAIE).  
Como elementos capitalistas a destacar pueden citarse la no necesidad de que el administrador sea socio (art. 12.3 LAIE); el régimen de los órganos sociales (arts. 10 y sigs. LAIE) y la configuración de la razón social, al permitir su ley reguladora adoptar denominaciones objetivas (art. 6 LAIE) (Llebot Majó).

**Lecturas recomendadas**

C. Paz-Ares (1994). *Responsabilidad del socio colectivo*. Madrid: Civitas.

A. J. Serra Mallol (1991). *El contrato de cuentas en participación y otras formas asociativas mercantiles*. Madrid: Tecnos.

### 3. Las sociedades de capital

#### 3.1. Tipología de las sociedades de capital. Rasgos característicos

Nuestro sistema societario se adscribe, a lo largo de las diferentes reformas a las que ha sido sometido, al denominado sistema dualista en la distribución de las formas sociales, integrándose así la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada en una misma categoría de sociedades de capital. No es este el momento de pronunciarnos sobre las ventajas o inconvenientes del mantenimiento de esta posición o sobre la oportunidad de reconducir nuestro sistema al monista propio de los ordenamientos anglosajones, o incluso a la nueva propuesta de gradación de los tipos. En realidad, independientemente de la opción escogida, a efectos prácticos lo que nos interesa no es más que delimitar cuáles son los elementos característicos de cada una de las formas sociales y, en consecuencia, las sociedades concretas que encuentran lugar dentro de cada uno de los tipos sociales. Y para ello es indiferente que nuestro ordenamiento distinga varios tipos sociales o que configure uno tan solo con distintas posibilidades de gradación.

Además, puesto que el sistema adoptado de *lege ferenda* es el dualista, nos centraremos aquí en destacar cuáles son los rasgos típicos de cada forma social, señalando también las diferentes posibilidades de matización o separación del régimen general común establecido por el legislador.

Los redactores de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada (LSRL), de 1995, optaron por un sistema relativamente flexible, combinando elementos personalistas y capitalistas. Siguiendo la caracterización tipológica contenida en la propia Exposición de Motivos de la Ley, tres eran principalmente las notas que se predicaban como propias del modelo de sociedad de responsabilidad limitada propuesto por el legislador: su carácter cerrado, su flexibilidad y su naturaleza híbrida, que no la identificaba plenamente con una sociedad anónima ni tampoco con una sociedad personalista, aspecto en el que incide nuevamente nuestro legislador de 2010 en la Exposición de Motivos.

Destacan, por el contrario, como rasgos típicos de la sociedad anónima, su mayor rigidez en la regulación, puesto que predominan normas imperativas de tipo tutelar (tanto de los accionistas inversores como de los terceros acreedores); la existencia de un número de socios elevado, y, por lo común, su condición de sociedad abierta que, al menos potencialmente, recurre al ahorro público, quedando además por esto sometida al derecho del mercado de valores.

Sin embargo, dado que la regulación contenida primero en la Ley de sociedades anónimas (LSA) de 1951 y después en la reforma de 1989, pasando al nuevo TRLS, no se caracterizaba por ser excesivamente rígida (a diferencia, por ejemplo, de la regulación contenida en la *Aktiengesellschaft-Gesetz* alemana), sino que más bien era lo suficientemente flexible y permitía cierta adaptación del régimen jurídico a las circunstancias particulares de cada sociedad, fue la sociedad anónima el tipo por excelencia que resultaba de aplicación tanto a grandes como a pequeñas y medianas empresas, destacándose su ancha polivalencia funcional. La razón del predominio del tipo anónima no estaba fundamentada únicamente en esta flexibilidad del régimen jurídico; por el contrario, obedecía a la ausencia de un régimen jurídico, aunque fuera dispositivo, suficientemente completo para dotar de seguridad a aquellos que optaran por el tipo sociedad limitada, a lo que se unía también el mayor prestigio de la sociedad anónima como forma de empresa, de manera que la sociedad limitada quedó como mera forma residual. De ahí el importante cambio de orientación que ya, a partir de 1989, se observaba en las estadísticas de los registros mercantiles en relación con la constitución de sociedades de capital. Este proceso se acentuó todavía más desde la derogación de la LSRL de 1953, configurando el legislador un completo régimen para la sociedad de responsabilidad limitada, aunque en algunos aspectos por una simple remisión al régimen contenido en la LSA, en la hoy derogada LSRL de 1995.

La configuración en cierto modo flexible del régimen de la sociedad anónima, unida al parecido respecto de la organización interna y el funcionamiento externo con la sociedad de responsabilidad limitada, ha llevado a pensar en la ausencia de caracterización tipológica del tipo limitada, que coincidiría con la anónima como tipo aplicable para sociedades cerradas, desde una perspectiva puramente societaria.

Esta delimitación puede ser objeto de numerosas críticas. Como ha señalado la doctrina, muchos de los rasgos tipológicos de la sociedad limitada son predicables igualmente de la sociedad anónima cerrada, que perfectamente puede encontrar cabida en la LSA, de forma que «la diferencia entre ambos tipos [...] es que mientras en la anónima la personalización de alguno de sus aspectos no se corresponde con el modelo inicial tipificado, aunque ello se permite por la vía de la autoconfiguración estatutaria de la sociedad, en la sociedad de responsabilidad limitada la personalización es siempre constitutiva de elementos estructurales, de los que además en general no cabe hacer dejación en los estatutos sociales» (Embido Irujo).

La flexibilidad del régimen la encontramos igualmente en el estatuto de la anónima en algunos aspectos, mientras que su carácter cerrado no predetermina, de principio, la opción por uno u otro tipo social. Su carácter híbrido, con una importante presencia de los elementos personalistas, sería tal vez el rasgo de mayor relieve, mediante el que podría hacerse una delimitación más correcta de los dos tipos sociales. Todavía podría dudarse de esta virtualidad

delimitadora pensando que esta personalización puede conseguirse igualmente por medio del aprovechamiento de todas las posibilidades que la LSC en sede de anónima confiere a la autonomía de los socios.

Desde el punto de vista societario, tal vez resulta difícil establecer una clara delimitación tipológica entre ambas formas sociales, lo que no impide la adscripción a cada una de un grupo diferente de empresas, en particular las grandes empresas (o como mucho las medianas) a la anónima, y las pequeñas y medianas a la limitada. Esto nos debería llevar a pensar si la delimitación no se ha de efectuar fuera de los parámetros jurídicos, teniendo en cuenta sobre todo la dimensión económica de la empresa, puesto que, como acertadamente se ha señalado, «el análisis de la realidad económico-social, concretamente de los tipos “reales-empíricos” de empresas, constituye el “prius” lógico para una ordenación racional de los tipos societarios, en el doble plano interdependiente de su “función” y de su “estructura”» (Gondra Romero). Esta será, fundamentalmente, la que determinará la opción por el tipo anónima en perjuicio de la limitada para sociedades que, aunque no tengan una configuración abierta, su volumen de negocio se pueda prever superior al mínimo de capital social exigido para la constitución de la sociedad anónima. En relación con estas concretas sociedades, los inconvenientes derivados de las limitaciones a la financiación de las sociedades limitadas pesarán más que los propios de la menor flexibilidad y mayores costes del régimen jurídico de la anónima.

Desde nuestro punto de vista no podemos olvidar los elementos que el régimen societario propio de los dos tipos sociales nos ofrece para efectuar una delimitación que, si bien ayudada de otros instrumentos, como la consideración de las dimensiones de la empresa, nos pueda servir para determinar *a priori* las ventajas o inconvenientes de cada uno de los tipos sociales para la sociedad en concreto que se desee constituir o a la cual se quiere llegar por transformación de otros tipos sociales. Estos elementos no pueden ser otros que los derivados de la intensa personalización de la que puede ser objeto una sociedad limitada en relación con su estructura y funcionamiento internos. De hecho, como veremos, nuestro legislador de 1995 y, sobre todo, con posterioridad, el legislador de 1998 (Ley del mercado de valores; LMV) y recientemente el de 2010, parecen al fin darse cuenta de cuál es el uso real que se da a cada uno de estos tipos de sociedades de capital, separando tajantemente el régimen de las sociedades de capital en general del propio y específico de la sociedad cotizada (regulada en los arts. 495-514 LSC, título XIV).

### **3.2. Concepto y caracteres de la sociedad anónima**

Dispone el artículo 1.3.º LSC que «en la sociedad anónima, el capital, que estará dividido en acciones, se integrará por las aportaciones de todos los socios, quienes no responden personalmente de las deudas sociales». Aun cuando no se trata de una definición, del precepto pueden extraerse las notas características de este tipo social, que son las siguientes:

- Se trata de una sociedad de capital. Los socios solo pueden aportar dinero, bienes o derechos, pero no trabajo, y además la intensidad en el ejercicio de sus derechos sociales dependerá de la participación en el capital que ostente cada uno de sus accionistas, puesto que la sociedad anónima se rige por el principio de mayoría de capital.
- Es una sociedad abierta en la que la condición de socio es fungible, de modo que interesa el socio como aportante de capital que permite la explotación de una actividad en común. No obstante, este carácter abierto puede matizarse en los estatutos sociales, mediante la introducción de cláusulas de restricción de la transmisibilidad de las acciones.
- Es una sociedad en la que los socios no responden personalmente de las deudas sociales. Su responsabilidad se limita a la aportación efectivamente realizada o, en su caso, prometida a la sociedad.

Además de estas notas, debemos resaltar el carácter de organización corporativa, creándose una persona jurídica «perfecta» que funciona a través de órganos. Asimismo, se trata de una sociedad mercantil por la forma, de modo que será siempre mercantil, independientemente de su objeto (art. 2 LSC).

La sociedad anónima adoptará una denominación social que podrá ser subjetiva, objetiva o de fantasía (art. 400.1 RRM). No obstante, la composición de la denominación social deberá ajustarse a una serie de límites, derivados, en un caso, de la necesaria indicación del tipo social (art. 403 RRM) y, de otro, del respeto al principio de novedad, de forma que no podrá adoptar una denominación idéntica o semejante a la de otra sociedad inscrita en la sección de denominaciones del Registro Mercantil Central (*cf.* arts. 407 y 408 RRM).

La sociedad anónima puede, en conclusión, definirse diciendo que «es la sociedad de naturaleza mercantil, cualquiera que sea su objeto, cuyo capital está dividido en acciones transmisibles que atribuyen a su titular la condición de socio, el cual disfruta del beneficio de la responsabilidad limitada frente a la sociedad y no responde personalmente de las deudas sociales» (Martínez Sanz).

### **3.3. Concepto y caracteres del tipo limitada**

La sociedad de responsabilidad limitada es una sociedad mercantil por la forma, puesto que tal y como se dispone en el artículo 2 LSC, será mercantil con independencia de la naturaleza de su objeto social. De este modo, la sociedad de responsabilidad limitada ostentará la condición de empresario mercantil, quedando sometida a su estatuto jurídico propio.

Estamos, en consecuencia, ante un tipo social integrado dentro del grupo de las denominadas sociedades mercantiles capitalistas, caracterizándose por tener su capital dividido en participaciones sociales, que no tendrán el carácter de valores, no se podrán representar mediante títulos o anotaciones en cuen-

ta, ni denominarse acciones (art. 92.2 LSC). Las participaciones sociales serán indivisibles y acumulables, pero no se requiere que sean iguales (art. 90 LSC: «Las participaciones sociales en la sociedad de responsabilidad limitada y las acciones en la sociedad anónima son partes alícuotas, indivisibles y acumulables del capital social»).

La LSC mantiene igualmente el principio de capital mínimo (que no podrá ser inferior a tres mil euros, como señala el art. 4 LSC), que deberá expresarse en euros y desde su origen deberá estar totalmente desembolsado, de modo que no cabrán en las sociedades limitadas aportaciones pendientes de desembolso (los denominados dividendos pasivos de las sociedades anónimas) (art. 78 LSC). No obstante, la reforma que efectuó la Ley 14/2013 de la LSC, permitió la constitución de sociedades limitadas con un capital social inferior, en los términos del nuevo artículo 4 bis LSC, que regula la constitución de sociedades de formación sucesiva y que obliga a la sociedad que no alcance la cifra de capital social mínimo a cumplir con determinados requisitos (véanse letras a-c del art. 4 bis.1 LSC) para asegurar la correcta capitalización de la sociedad.

Por último, su carácter de sociedad capitalista se aprecia igualmente por la limitación de responsabilidad de los socios por las deudas sociales. Los socios de una sociedad de responsabilidad limitada únicamente responderán hasta el límite de la aportación efectuada a la sociedad. La sociedad, por otra parte, responderá con todos sus bienes presentes y futuros del cumplimiento de sus obligaciones (art. 1911 CC).

La mención del tipo social en la denominación social será la de «S. R. L.» o «S. L.» (art. 6.1.º LSC).

### **3.4. Nacionalidad y domicilio de las sociedades de capital**

El artículo 8 LSC dispone que «serán españolas y se registrarán por la presente ley todas las sociedades de capital que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubieran constituido».

En relación con el domicilio, el artículo 9.1.º LSC señala que se fijará el domicilio dentro del territorio español en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación, evitando de este modo los domicilios estatutarios ficticios. Aquellas sociedades capitalistas cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro del territorio español deberán tener su domicilio en España.

El domicilio constituye una mención obligatoria de los estatutos. No obstante, la sociedad no es enteramente libre para fijarlo, por lo dispuesto en el artículo 9.1.º LSC. Así, los terceros, en caso de discordancia entre el domicilio registral y este último, podrán considerar como domicilio cualquiera de los dos (art. 10 LSC).

De otra parte, las sociedades capitalistas frecuentemente precisan de diversos establecimientos para ejercer su actividad. Denominados sucursales, estos se definen como «establecimiento secundario dotado de representación permanente y de cierta autonomía de gestión, a través del cual se desarrollen, total o parcialmente, las actividades de la sociedad» (art. 295 RRM). Las sociedades de capital podrán abrir sucursales en cualquier lugar del territorio nacional o del extranjero (art. 11.1.º LSC), siendo, salvo disposición contraria de los estatutos, competente para acordar la creación, la supresión o el traslado de las sucursales el órgano de administración (art. 11.2.º LSC).

Desde el punto de vista jurídico, la sucursal carece de personalidad jurídica, está subordinada al establecimiento principal y pertenece a la sociedad, aun cuando goza de cierta autonomía funcional. Para su creación, supresión o traslado será competente la junta general o los administradores, dependiendo de la previsión contenida en los estatutos sociales.

La sucursal se tendrá que inscribir, tanto en la hoja abierta a cada sociedad, como en hoja separada, en el Registro Mercantil correspondiente al lugar del domicilio de la sucursal (art. 296 RRM). Las circunstancias de la inscripción se recogen en los artículos 297 a 299 RRM y las especialidades para las sociedades extranjeras en los artículos 300 a 304 RRM.

En la actualidad, la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (LMESM), prevé, en sus artículos 92 y sigs., el régimen del traslado internacional del domicilio social, afirmando su aplicación a dos supuestos diversos, como son: el traslado al extranjero del domicilio social de una sociedad mercantil española inscrita y el de una sociedad extranjera al territorio español (art. 92 Ley 3/2009: su régimen jurídico viene determinado por los tratados o convenios internacionales vigentes en España y lo dispuesto en la propia Ley, sin perjuicio de lo establecido para la sociedad anónima europea).

Una sociedad española inscrita podrá trasladar su domicilio al extranjero siempre y cuando el territorio de destino permita el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad (*cf.* art. 93.1 LMESM). Asimismo, queda vetado dicho traslado para las sociedades españolas inscritas que se encuentren en liquidación o en concurso de acreedores.

Se plantea aquí el problema de determinar cuál es el *dies a quo* a partir del cual deba considerarse eficaz esta limitación. En efecto, respecto de la liquidación de la sociedad, su disolución supone la apertura de la liquidación y el inicio de

las operaciones dirigidas a su definitiva extinción, por lo que la adopción del acuerdo de disolución podría considerarse como el momento clave a tener en cuenta. Respecto del concurso de acreedores, sin embargo, creemos que, como cautela el hecho de que se hubiera solicitado el concurso, bien sea necesario o voluntario, debe suponer ya la imposibilidad de adoptar el acuerdo de traslado del domicilio social al extranjero, dado que los intereses prevalentes en este caso deben ser los de los acreedores sociales.

Si se trata de traslado de domicilio de sociedad extranjera a España, y se trata de sociedad procedente de otro Estado parte del Espacio Económico Europeo (EEE), no afectará a la personalidad jurídica de la sociedad. No obstante, deberá cumplir con las normas españolas relativas a la constitución de la sociedad cuyo tipo ostente, salvo que dispongan otra cosa los tratados o convenios internacionales vigentes en España (art. 94.1 LMESM). En caso de que sean sociedades de capital, será necesario justificar con un informe de experto independiente que su patrimonio neto cubre la cifra del capital social exigida por el derecho español.

Por la misma norma se registrará el traslado a España de una sociedad procedente de un Estado no perteneciente al EEE, siempre que su ley personal lo permita con mantenimiento de la personalidad jurídica (*cf.* art. 94.2 LMESM).

El régimen jurídico del traslado de domicilio se contiene en los artículos 95 y sigs. de la LMESM y puede estructurarse en las siguientes fases:

- Elaboración del proyecto de traslado: los administradores deberán redactar y suscribir un proyecto de traslado, que contendrá las menciones mínimas del artículo 95.2 LMESM, y que deberá ser depositado en el RM y posteriormente publicado en el BORME. Requisito imprescindible previo para la celebración de la junta que haya de acordarlo es que se haya efectuado el depósito indicado (art. 95.3 LMESM).
- Informe de los administradores explicando y justificando detalladamente el proyecto de traslado en sus aspectos jurídicos y económicos, así como sus consecuencias para los socios, los acreedores y los trabajadores (art. 96 LMESM).
- Aprobación del acuerdo de traslado de domicilio al extranjero por la junta de socios, con los requisitos y formalidades propios del régimen de la sociedad que se traslada (art. 97 LMESM).
- Convocatoria de la junta y derecho de información de los socios. La junta general deberá convocarse con una antelación mínima de dos meses a la fecha de su celebración mediante publicación en el BORME y en uno de los diarios de gran circulación de la provincia del domicilio social (art. 98.1 LMESM). Junto con la convocatoria deberán publicarse las menciones indicadas en el artículo 98.2 LMESM (información relativa al domicilio ac-

tual y el del traslado; derecho de socios y acreedores a examinar el informe de los administradores y el proyecto de traslado, y a solicitar su remisión gratuita; el derecho de separación de los socios y el derecho de oposición de los acreedores y la forma de ejercer estos derechos).

Los socios que hubieran votado en contra del acuerdo de traslado de domicilio al extranjero podrán separarse de la sociedad (art. 346.3 LSC).

Los acreedores cuyo crédito hubiera nacido antes de la fecha de la publicación del proyecto de traslado del domicilio social al extranjero tendrán derecho a oponerse al traslado en los términos establecidos para la oposición a la fusión (*cf.* art. 44 LMESM).

Por último, la LMESM establece un control formal para dotar de publicidad y eficacia al traslado de domicilio. En este sentido, el artículo 102 establece que la eficacia del traslado, así como la correspondiente modificación de la escritura social o de los estatutos, se producirá en la fecha en que la sociedad se hubiera inscrito en el Registro del nuevo domicilio. Con anterioridad, el registrador mercantil del domicilio habrá certificado el cumplimiento de los actos y trámites que la sociedad tuviera que realizar antes del traslado, cerrándose después de la expedición de este certificado el Registro para nuevas inscripciones (art. 101 LMESM).

Solo se cancelará la inscripción en el RM cuando se aporten el certificado que acredite la inscripción de la sociedad en el Registro de su nuevo domicilio social y los anuncios de esa inscripción en el BORME y en uno de los diarios de gran circulación en la provincia en que la sociedad hubiera tenido su domicilio (art. 103 LMESM).

### **3.5. La constitución de las sociedades de capital**

#### **3.5.1. Formalidades constitutivas**

Para regular la constitución de las sociedades de capital, nuestro ordenamiento exige el cumplimiento de dos requisitos o formalidades, que son comunes a todas las sociedades mercantiles: el otorgamiento del contrato de sociedad en escritura pública y la ulterior inscripción en el Registro Mercantil (*cf.* art. 119 CCo y arts. 19 y 20 LSC).

La escritura es el documento público otorgado ante notario que contiene la declaración de voluntad de los socios en orden a constituir la sociedad de capital (anónima, limitada o comanditaria por acciones). Su contenido mínimo inderogable viene establecido en el artículo 22 LSC (véase también el art. 114 RRM, relativo a las menciones obligatorias de la primera inscripción de las sociedades anónimas; el art. 175 RRM, en sede de sociedades de responsabilidad limitada, y el art. 213 RRM para las sociedades comanditarias por acciones),

refiriéndose el artículo 23 LSC al contenido mínimo de los estatutos sociales, parte integrante de la escritura pública de constitución comprensiva de las reglas por las que se regirá la vida social (este precepto es desarrollado por los arts. 115 y sigs. [sociedad anónima] y 175 y sigs. [sociedad de responsabilidad limitada] RRM). Además de estas menciones, el artículo 28 LSC permite a los socios incluir en la escritura o en los estatutos todos aquellos pactos que tengan por conveniente, siempre y cuando no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la sociedad de capital de que se trate (los límites generales de la autonomía de la voluntad se contienen en el art. 1255 CC y son de aplicación plena al supuesto de constitución de sociedades mercantiles).

La escritura deberá ser otorgada por todos los socios fundadores, sean personas físicas o jurídicas, por sí mismos o por medio de representante, quienes tendrán que asumir la totalidad de las participaciones sociales o suscribir la totalidad de las acciones (art. 21 LSC).

La sociedad empezará sus operaciones, salvo disposición contraria de los estatutos, en la fecha de otorgamiento de la escritura de constitución, sin que los estatutos puedan fijar una fecha anterior a la del otorgamiento, excepto en el supuesto de transformación (art. 24 LSC). En cuanto al cierre del ejercicio social, salvo disposición contraria de los estatutos, coincidirá con el 31 de diciembre del año (año natural, art. 26 LSC), teniendo además la sociedad duración indefinida, salvo disposición contraria de los estatutos sociales (art. 25 LSC).

En los estatutos de las sociedades anónimas, los fundadores y los promotores de la sociedad podrán reservarse derechos especiales de contenido económico, cuyo valor en conjunto, cualquiera que sea su naturaleza, no podrá exceder del diez por ciento de los beneficios netos obtenidos según balance, una vez deducida la cuota destinada a la reserva legal y por un período máximo de diez años. Los estatutos habrán de prever un sistema de liquidación para los supuestos de extinción anticipada de estos derechos especiales. Estos derechos podrán incorporarse a títulos nominativos distintos de las acciones, cuya transmisibilidad podrá restringirse en los estatutos sociales (art. 27 LSC).

Se establece en el artículo 30 LSC la responsabilidad de los fundadores, que será solidaria (y alcanzará a las personas por cuya cuenta hayan obrado), frente a la sociedad, los socios y los terceros, de la constancia de la escritura de constitución de las menciones exigidas por la ley, de la exactitud de cuantas declaraciones hagan en aquella y de la adecuada inversión de los fondos destinados al pago de los gastos de constitución.

Junto a la escritura y los estatutos, es frecuente que en el marco de la sociedad se alcancen por los socios otros pactos de naturaleza contractual, a los que no se dota de publicidad registral. Se trata de los denominados «pactos parasociales» o «reservados», que son lícitos, si bien no serán oponibles a la sociedad

(art. 29 LSC). Por tanto, solo vincularán a quienes fueron parte en dichos pactos, de ahí los problemas que plantea la forma de su instrumentación, pues se quiere garantizar su plena eficacia y su aplicación coercitiva.

A los pactos parasociales se debe dar publicidad obligatoriamente si estamos ante sociedades cotizadas (arts. 530 y sigs. LSC). También se ha de dar publicidad a los protocolos familiares (definidos como el conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que mantienen vínculos familiares respecto de una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a conseguir un modelo de comunicación y consenso en la adopción de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad); dicha publicidad se encuentra actualmente regulada por el Real decreto 171/2007, de 9 de febrero.

### **3.5.2. La inscripción en el Registro Mercantil**

Las sociedades de capital adquieren personalidad jurídica solo tras la inscripción en el Registro Mercantil, y es el artículo 33 LSC el que dota de carácter constitutivo a esta inscripción.

El artículo 31 LSC legitima a los socios fundadores y a los administradores de la sociedad para la presentación de la escritura de constitución en el RM y, en su caso, en los registros que proceda, así como para solicitar o practicar la liquidación y proceder al pago de los impuestos correspondientes. Tienen el deber legal de presentar la escritura al RM en el plazo de dos meses desde la fecha de su otorgamiento y responderán solidariamente de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de esta obligación (art. 32.1.º LSC). La inscripción solo se practicará previa comprobación de que se ha solicitado o efectuado la liquidación de los impuestos correspondientes al acto inscribible (art. 32.2.º LSC).

Hasta el momento de la inscripción de la sociedad o del aumento de capital, en su caso, no podrán entregarse las acciones ni transmitirse acciones ni participaciones sociales (art. 34 LSC).

### **3.5.3. Sociedad en formación y sociedad devenida irregular**

Con anterioridad a la inscripción registral nos podemos encontrar con dos situaciones distintas, previstas en la LSC, como son la sociedad en formación (arts. 36 a 38 LSC) y la sociedad que la LSC denomina «devenida irregular» (arts. 39 y 40 LSC).

El régimen de la sociedad en formación está previsto para aquellas sociedades que están pendientes de inscripción en el Registro Mercantil, y que han iniciado sus operaciones (a falta de pacto al respecto, las sociedades podrán iniciar sus operaciones desde la fecha de otorgamiento de la escritura de constitución, sin que puedan iniciarse con anterioridad, art. 119.2 RRM). El artículo 36 LSC

prevé el régimen de los actos y contratos de la sociedad en formación. De este modo, establece que de los actos y contratos que los administradores celebren en nombre de la sociedad en formación, responderán solidariamente quienes los hayan celebrado, a no ser que su eficacia se condicionara a la inscripción y posterior asunción de los mismos por parte de la sociedad (art. 36 LSC).

En otros casos se produce una asunción automática, en relación con los actos y contratos necesarios para la inscripción de la sociedad, por los realizados por los administradores dentro de las facultades que les confiere la escritura para la fase anterior a la inscripción y por los estipulados en virtud de mandato específico por las personas designadas por todos los socios, y responde la sociedad en formación con el patrimonio formado por las aportaciones de los socios, quienes responden, por tanto, personalmente hasta el límite de lo que se obligaron a aportar) (arts. 37.1.º y 2.º LSC). Siempre que sean coincidentes la fecha de la escritura y la del comienzo de las operaciones, los administradores quedan plenamente facultados para el desarrollo del objeto social y para realizar toda clase de actos y contratos, de los que responderán la sociedad en formación y los socios en los términos indicados (art. 37.3 LSC).

Una vez inscrita la sociedad, quedará obligada por estos actos y contratos, así como por todos los que acepte en el plazo de tres meses desde la inscripción, cesando en estos supuestos la responsabilidad solidaria de socios, administradores y representantes que contempla el precepto (art. 38.1.º y 2.º LSC).

El precepto contempla, finalmente, la previsión de que en el caso de que el valor del patrimonio social, sumado el importe de los gastos indispensables para la inscripción de la sociedad, fuese inferior a la cifra de capital social, los socios estarán obligados a cubrir la diferencia (art. 38.3.º LSC), norma que se establece en garantía de la correcta formación del capital social.

Por otra parte, hablaremos de sociedad devenida irregular cuando esta no ha sido inscrita durante el plazo de un año desde el otorgamiento de la escritura de constitución o bien consta la voluntad de los socios de no inscribirla. En realidad, el plazo de un año se establece para dotar de mayor seguridad a esta situación de pendencia en la que se encuentra la sociedad capitalista no inscrita, respecto de la que no puede predicarse su personalidad jurídica (aquí la inscripción es constitutiva, dado que hasta la inscripción la sociedad como tal no nace al tráfico jurídico), y respecto de la cual hay que determinar cuál sea el régimen jurídico aplicable.

Son los artículos 39 y 40 LSC los que prevén el régimen de la sociedad irregular, reconociendo a favor de los socios, en este caso, un derecho a instar la disolución de la sociedad en formación y exigir, previa liquidación del patrimonio social, la restitución de sus aportaciones (art. 40 LSC). A la sociedad irregular le será aplicable la regulación de la sociedad colectiva (si su objeto es mercantil) o, en su caso (cuando el objeto social sea civil), de la sociedad civil (art. 39.1.º

LSC). Téngase en cuenta, en todo caso, que las sociedades personalistas son mercantiles por el objeto, pero las sociedades de capital lo son por la forma, como expresamente establece el artículo 2 LSC.

El artículo 39.2.º LSC establece expresamente que el apartado segundo del artículo 38 LSC no será aplicable a las situaciones de irregularidad, por lo que los socios no podrán beneficiarse de la norma de cese de su responsabilidad si la sociedad acepta las actuaciones por ellos realizadas antes de la inscripción.

### **3.5.4. Procedimientos de fundación de la sociedad anónima**

La sociedad anónima puede constituirse siguiendo dos procedimientos distintos: fundación simultánea y fundación sucesiva. En ambos procedimientos se mantiene idéntica la cifra de capital mínimo y se exige que el capital esté totalmente suscrito, aun cuando puede ser parcialmente desembolsado (con el límite mínimo del 25% del valor nominal de cada una de sus acciones). El mismo plazo (dos meses) rige para presentar a inscripción la escritura de constitución (art. 32.1.º LSC).

#### **a) Fundación simultánea**

Hablamos de fundación simultánea cuando la escritura de constitución se otorga en un solo acto por todos los fundadores, suscribiendo entre todos ellos las acciones en que se divide el capital social (art. 21 LSC). Es el sistema de constitución común u ordinario para todas las sociedades de capital.

Los fundadores son los accionistas originarios, que intervienen por sí mismos o por medio de representante, pero en nombre propio, en la escritura de constitución. En la actualidad ha desaparecido el límite mínimo de fundadores (antes fijado en tres), reconociéndose la posibilidad de constitución de una sociedad anónima unipersonal (art. 12 LSC).

Sobre los fundadores pesa la obligación de realizar las gestiones oportunas para proceder a la inscripción de la sociedad en el plazo de dos meses desde la fecha de otorgamiento de la escritura social (art. 32.1.º LSC). Los fundadores asumen una responsabilidad solidaria, al igual que los administradores, por los daños causados por el incumplimiento de su obligación. Dicha responsabilidad, al igual que la recogida en el artículo 30 LSC, se extenderá igualmente a los fundadores ocultos, por cuya cuenta hubieran actuado los fundadores externos.

Es bastante común, por otra parte, que los fundadores se reserven ventajas económicas especiales en recompensa por su labor de creación de una sociedad. No obstante, estas ventajas pueden perjudicar posteriormente a los accionistas o a los terceros, si resultan excesivas y debilitan el patrimonio social. Por ello, el artículo 27.1.º LSC establece unos límites que deberán respetarse en el establecimiento de este tipo de ventajas: su valor en conjunto, independientemente de su naturaleza, no podrá exceder del diez por ciento de los be-

neficios netos obtenidos según balance, una vez deducida la cuota destinada a la reserva legal y por un período máximo de diez años. El artículo 27.2.º LSC prevé que estos derechos podrán incorporarse a títulos nominativos distintos de las acciones, cuya transmisibilidad podrá restringirse en los estatutos sociales (cédulas o bonos de fundador).

## b) La fundación sucesiva

Conforme dispone el artículo 41 LSC, nos encontramos ante este procedimiento de fundación cuando con anterioridad al otorgamiento de la escritura pública de constitución de la sociedad se hace un ofrecimiento público de la suscripción de las acciones por cualquier medio de publicidad o por la actuación de intermediarios financieros.

El procedimiento de fundación sucesiva es un proceso complejo, en el que podemos distinguir cuatro fases (arts. 129 a 131 RRM; arts. 41 a 55 LSC):

- **Redacción, depósito y publicidad del programa fundacional.** Los promotores redactarán el programa de fundación, en el que expondrán todos los datos de la sociedad que se propone. Este programa, junto con un informe técnico de viabilidad de la sociedad proyectada, y con un folleto informativo, deberán ser depositados en la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) y en el Registro Mercantil para su publicación, mediante extracto, en el BORME, mencionando la posibilidad de consulta de los documentos, tanto en la CNMV como en el Registro Mercantil (arts. 42 y 43 LSC).
- **Suscripción de acciones y desembolso mínimo del 25%.** Los futuros socios suscribirán el «boletín de suscripción» y efectuarán el desembolso previsto, depositando el importe de las acciones a nombre de la sociedad en entidades de crédito previamente designadas al efecto (arts. 44, 45 y 46 LSC). Los promotores formalizarán ante notario la lista definitiva de suscriptores.
- **Convocatoria y celebración de la junta general constituyente.** La junta deberá ser convocada dentro del plazo de seis meses contados desde el depósito del programa fundacional (art. 47 LSC). Queda válidamente constituida si concurren un número de suscriptores, presentes o representados, que ostenten la mitad del capital social suscrito (art. 48.2 LSC). Deberán votar a favor una mayoría reforzada (una cuarta parte de los suscriptores asistentes a la junta que sean titulares, al menos de una cuarta parte del capital social suscrito) (art. 49.2 LSC). Para aprobar los derechos especiales de los fundadores, bastará con la mayoría simple, pero con deber de abstención de los fundadores afectados. Si se pretendiera, por otra parte, modificar el programa de fundación, deberían votar unánimemente todos los suscriptores asistentes a la junta (art. 49.3 LSC).

- **Otorgamiento de la escritura pública de constitución por aquellos designados por la junta constituyente e inscripción de la escritura pública de constitución en el Registro Mercantil.** El plazo para el otorgamiento de la escritura es de un mes desde la celebración de la junta; el plazo para la inscripción es de dos meses desde el momento del otorgamiento de la escritura (art. 51.1.º LSC). En caso de retraso en el otorgamiento de la escritura o la inscripción, responderán solidariamente aquellos a quienes se encomendó la labor (art. 52 LSC).

Si, por otra parte, no se ha inscrito la escritura de fundación en el plazo de un año desde el depósito del programa de fundación y del folleto informativo en el Registro Mercantil sin haber procedido a inscribir la escritura de fundación, los suscriptores podrán requerir la restitución de las aportaciones realizadas con los frutos que hubieran producido (art. 55 LSC).

En este procedimiento de fundación, se consideran promotores aquellas personas que redactan el programa de fundación. Tienen a su cargo numerosas obligaciones, como redactar el programa de fundación (art. 42 LSC), depositar el programa en el Registro Mercantil y el proyecto de emisión en la CNMV (art. 43 LSC), convocar a la junta general constituyente (art. 47 LSC), el primer firmante del programa de fundación presidirá la junta general constituyente (art. 48.1.º LSC).

Están sometidos a un estricto régimen de responsabilidad, de modo que, conforme al art. 54 LSC, responderán solidariamente frente a la sociedad y frente a terceros de los siguientes conceptos: de la realidad y exactitud de las listas de suscripción que han de presentar a la junta constituyente; de los desembolsos iniciales exigidos en el programa de fundación y de su adecuada inversión; de la veracidad de las declaraciones contenidas en el programa y en el folleto informativo, y de la realidad y la efectiva entrega a la sociedad de las aportaciones no dinerarias.

Igualmente, el artículo 53.1.º LSC dispone que **los promotores responderán solidariamente de las obligaciones asumidas frente a terceros con la finalidad de constituir la sociedad.** Una vez inscrita la sociedad, asumirá las obligaciones legítimamente contraídas por los promotores y les reembolsará los gastos realizados, siempre que su gestión haya sido aprobada por la junta constituyente o que los gastos hayan sido necesarios. Estas responsabilidades no podrán exigirse directamente a los suscriptores, salvo que hubiesen incurrido en dolo o culpa (art. 53.3.º LSC). No obstante, una vez inscrita, la sociedad asumirá las obligaciones contraídas legítimamente por los promotores y les reembolsará los gastos realizados, siempre que su gestión haya sido aprobada por la junta constituyente o que los gastos hayan sido necesarios (art. 53.2.º LSC).

La LSA permite que los promotores se reserven igualmente derechos especiales de contenido económico, que requieren para su válida creación que hayan sido mencionados en el programa de fundación y posteriormente aprobados por la junta constituyente (arts. 47.1.º.d y 49.2.º.2 LSC).

### **3.5.5. La formación sucesiva de la sociedad de responsabilidad limitada**

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, introdujo el párrafo segundo del artículo 4 LSC y el nuevo artículo 4 bis de dicha ley. El artículo 4.2 LSC dispone que aun siendo el capital mínimo para la sociedad limitada de tres mil euros, podrán constituirse sociedades de responsabilidad limitada con una cifra de capital social inferior al mínimo legal en los términos previstos en el artículo siguiente. Ello quiere decir que la ley reconoce la posibilidad de constituir regularmente una sociedad limitada con una cifra de capital inferior al mínimo legal.

La finalidad de la norma es, en consecuencia, la de flexibilizar la constitución de sociedades de responsabilidad limitada, si bien dada la necesidad de capitalizar la sociedad, se establecen los límites del artículo 4 bis en tanto no se alcance la cifra de capital social mínimo legal, que es de tres mil euros.

Los requisitos establecidos por la nueva norma introducida en la LSC son los siguientes:

- Deberá destinarse a la reserva legal una cifra al menos igual al 20% del beneficio del ejercicio sin límite de cuantía.
- Una vez cubiertas las atenciones legales o estatutarias (reservas), solo podrán repartirse dividendos a los socios si el valor del patrimonio neto no es, o a consecuencia del reparto, no resultara inferior al 60% del capital legal mínimo.
- Se establece un límite adicional a la suma de las retribuciones satisfechas a socios y administradores por el desempeño de sus cargos durante esos ejercicios, dado que no podrán exceder del 20% del patrimonio neto del correspondiente ejercicio. No se comprende en dicha retribución lo que les corresponda como trabajadores por cuenta ajena de la sociedad o como prestadores de servicios profesionales a esta.

Por último, el artículo 4 bis LSC dispone que no es necesario acreditar la realidad de las aportaciones dinerarias de los socios tampoco en este caso, respondiendo por la realidad de estas aportaciones de forma solidaria los fundadores y quienes adquieran alguna participación.

### 3.5.6. La nulidad de la sociedad de capital

La nulidad de la sociedad debe ser objeto de declaración judicial que solo podrá basarse en las causas del artículo 56 LSC (art. 56.2.º LSC). Son muy poco frecuentes, por su gravedad y por la existencia en nuestro sistema de un doble filtro de legalidad representado por el notario y el Registrador Mercantil.

Las causas de nulidad establecidas en el art. 56.1.º LSC son las siguientes:

- «a) Por no haber concurrido en el acto constitutivo la voluntad efectiva de, al menos, dos socios fundadores, en el caso de pluralidad de estos o del socio fundador cuando se trate de sociedad unipersonal.
- b) Por la incapacidad de todos los socios fundadores.
- c) Por no expresarse en la escritura de constitución las aportaciones de los socios.
- d) Por no expresarse en los estatutos sociales la denominación de la sociedad.
- e) Por no expresarse en los estatutos el objeto social o ser este ilícito o contrario al orden público.
- f) Por no expresarse en los estatutos la cifra del capital social.
- g) Por no haberse desembolsado íntegramente el capital social, en las sociedades de responsabilidad limitada, y por no haberse realizado el desembolso mínimo exigido por la ley, en las sociedades anónimas».

La declaración de nulidad de la sociedad tiene efectos *ex nunc*, esto es, desde el momento en que se declare judicialmente, quedando abierta la liquidación de la sociedad (art. 57.1.º LSC).

La nulidad no afectará a la validez de las obligaciones o de los créditos de la sociedad frente a terceros, ni a la de los contraídos por estos frente a la sociedad, sometiéndose unos y otros al régimen propio de la liquidación (art. 57.2.º LSC).

En el caso de que el pago a los terceros así lo exija, los socios quedarán obligados a desembolsar sus dividendos pasivos, cuando se trate de una sociedad anónima (art. 57. 3.º LSC). Esto quiere decir que si no fuera suficiente el patrimonio social para pagar las deudas sociales, los acreedores podrían exigir a los socios que cumplieran con su principal obligación: la de aportar pagando los dividendos pasivos, entendidos como porción de capital todavía no desembolsado (el art. 79 LSC permite que el capital social, que ha de encontrarse totalmente suscrito, pueda desembolsarse en un mínimo del 25% del valor nominal de todas y cada una de las acciones en que está dividido en la sociedad anónima).

Si se trata de una sociedad de responsabilidad limitada, cuando la sociedad sea declarada nula por no haberse desembolsado íntegramente el capital social, los socios estarán obligados a desembolsar la parte que hubiera quedado pendiente (art. 57.3.º LSC).

## 3.6. El capital social y las aportaciones sociales

### 3.6.1. Capital y patrimonio

Fundamental en el ámbito de estas formas sociales es el concepto (jurídico) de capital social. Este tiene varias funciones, ya que además de su relieve económico y contable, y de dar la medida de los derechos del socio según su participación, cumple también una función de garantía respecto de terceros, al servir de punto de referencia para exigir la efectiva aportación patrimonial a la sociedad y la debida retención del patrimonio existente.

La ley exige que esta cifra que ha de aparecer obligatoriamente en los estatutos no sea puramente formal, sino que tenga una contrapartida efectiva en el patrimonio. Preocupa mucho a nuestro legislador la falta de correspondencia entre la cifra de capital y el patrimonio cuando este es inferior (doctrina de la infracapitalización), de ahí que se establezcan controles no solo en el momento inicial, de constitución o de aumento de capital (arts. 23.f y 56.1.º.f LSC), sino a lo largo de la vida de la sociedad (reducción de capital, art. 343.1.º LSC; disolución, art. 363.1.º.d LSC).

El legislador protege el interés de los terceros que cuentan con la garantía del patrimonio de la sociedad, y, como contrapartida de la no responsabilidad de los socios por las deudas sociales, establece un régimen riguroso que se concreta en una serie de principios del capital social en la sociedad anónima (integridad, efectividad, etc.). El capital mínimo de las sociedades anónimas es de sesenta mil euros y el de las sociedades de responsabilidad limitada de solo tres mil (art. 4 LSC).

No se deben confundir, pues, los conceptos de capital y patrimonio social. El capital social es una cifra que consta en la escritura y que se corresponde con la suma de los valores nominales de las acciones o participaciones que en cada momento la sociedad tenga emitidas (capital nominal); por tanto, es una cifra más o menos estable y solo podrá variar si se efectúa una modificación estatutaria. Por el contrario, el patrimonio se refiere al conjunto de derechos y obligaciones de valor pecuniario pertenecientes a la sociedad (el capital entendido como una fracción abstracta de este patrimonio se conoce como «capital real»).

En el momento fundacional de la sociedad suelen coincidir el capital y el importe del patrimonio social, pero no es así cuando la sociedad empieza su actividad (lo puede hacer desde la fecha de otorgamiento de la escritura pública de constitución, art. 24 LSC).

El patrimonio neto de la sociedad no está tan solo integrado por los recursos que constituyen el capital social, sino también por los que constituyen las reservas.

Las reservas constituyen fondos propios de la sociedad y son igualmente cifras de retención de las menciones del pasivo del balance.

En cuanto a su origen, las reservas proceden normalmente de beneficios obtenidos y no distribuidos a los accionistas o socios, de primas de emisión de acciones o participaciones, o, finalmente, de una infravaloración contable del activo o de una sobrevaloración del pasivo. En cuanto a su función o finalidad económica, es muy diversa y especialmente poseen como objetivo: crear un fondo de previsión; asegurar la estabilidad de la empresa, lograr su autofinanciación; acrecentar la confianza de los acreedores o regularizar la percepción de beneficios para los socios.

En cuanto a sus clases, pueden ser: legales comunes, cuando vienen imperativamente impuestas por la LSC; legales especiales, por leyes especiales; estatutarias; voluntarias o de libre disposición, creadas por la junta general, y tácitas u ocultas, que no se reflejan en la contabilidad y que proceden de plusvalías, infravaloración del activo o sobrevaloración del pasivo.

### **3.6.2. Las aportaciones al capital social. Aportaciones dinerarias y no dinerarias**

En el momento de la constitución de la sociedad anónima, el capital social ha de estar totalmente suscrito (no puede haber una sola acción sin titular) y desembolsado, al menos, en una cuarta parte del valor nominal de cada una de sus acciones (art. 79 LSC).

En el caso de las sociedades de responsabilidad limitada, el artículo 78 LSC dispone que las participaciones sociales en que se divida el capital de esta sociedad deberán ser íntegramente asumidas por los socios e íntegramente desembolsado el valor nominal de cada una de ellas en el momento de otorgar la escritura de constitución de la sociedad o de ejecución del aumento del capital social.

El desembolso del capital social constituye la principal obligación por parte del socio. La aportación es la prestación que el socio realiza para conseguir el fin común que la sociedad pretende mediante el ejercicio de la actividad propia del objeto. Lo que se aporta pasa a formar parte del patrimonio de la sociedad y, si no se dice otra cosa en la escritura, la aportación se entenderá realizada a título de propiedad (art. 60 LSC). El socio podrá aportar todo aquello que pueda formar parte del fondo común (en concreto, según el art. 58 LSC, los bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica, pero no el trabajo).

Constituye una especialidad de las sociedades capitalistas, respecto de las sociedades personalistas, que estas aportaciones (arts. 58 y sigs. LSC) están sometidas a un régimen riguroso, dado que los socios no responden de las deudas sociales y los acreedores solo cuentan, en principio, con la garantía del patrimonio social.

Según el artículo 58 LSC solo podrán ser objeto de aportación los bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica, excluyéndose expresamente la aportación del trabajo o los servicios. De este modo, hemos de deslindar de forma clara lo que constituye la aportación al capital de las denominadas prestaciones accesorias (arts. 86 a 89 LSC), que aun cuando pueden ir vinculadas a la titularidad de acciones, simplemente revisten una naturaleza de prestaciones de servicios, de hacer, de no hacer o de dar a favor de la sociedad, normalmente a cambio de una remuneración.

#### **a) Aportaciones dinerarias**

Las aportaciones dinerarias deberán establecerse en euros, y si fuese en otra moneda, se determinará su equivalencia en euros con arreglo a la ley (art. 61 LSC).

Deberá acreditarse la realidad de la aportación ante el notario autorizante de la escritura (de constitución, de aumento de capital o de sucesivos desembolsos en el caso de la sociedad anónima), lo que se hará mediante certificación del depósito de estas cantidades a nombre de la sociedad en una entidad de crédito, que el notario incorporará a la escritura. También podrá entregarse el importe al notario para que este constituya el depósito a nombre de la sociedad (art. 62.1.º LSC).

La vigencia de la certificación será de dos meses a contar desde su fecha. En tanto no transcurra este período, la cancelación del depósito por quien lo constituyó exigirá la previa devolución de la certificación a la entidad de crédito emisora (art. 62.2.º y 3.º LSC).

#### **b) Aportaciones no dinerarias**

Dentro de las aportaciones «susceptibles de valoración económica» pueden distinguirse las aportaciones dinerarias y las no dinerarias o *in natura* (bienes o derechos distintos del dinero valorables económicamente).

En la escritura de constitución o en la de ejecución del aumento del capital social, deberán describirse las aportaciones no dinerarias con sus datos registrales si existieran, la valoración en euros que se les atribuya y la numeración de las acciones o participaciones atribuidas (art. 63 LSC).

En el caso de que se aportaran bienes muebles o inmuebles, o derechos asimilados a ellos, el aportante estará obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la aportación en los términos establecidos por el Código civil para el contrato de compraventa, y se aplicarán las reglas del Código de comercio sobre el mismo contrato en materia de transmisión de riesgos (art. 64 LSC); si se trata de una aportación de un derecho de crédito, el aportante responderá de la legitimidad de este y de la solvencia del deudor (art. 65 LSC); si se aporta una empresa o establecimiento, el aportante quedará obligado al saneamiento de su conjunto si el vicio o la evicción afectasen a la totalidad o a alguno de los elementos esenciales para su normal explotación, así como al saneamiento individualizado de aquellos elementos de la empresa aportada que sean de importancia por su valor patrimonial (art. 66 LSC).

Para la sociedad anónima, la LSC impone la obligación de que expertos independientes acrediten la realidad y valoración de las aportaciones no dinerarias para evitar situaciones de infracapitalización material de la sociedad desde el mismo momento de su constitución (art. 67 LSC). Este informe de experto independiente no se exige legalmente para la sociedad de responsabilidad limitada.

El experto responderá frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores de los daños causados por la valoración, quedando exonerado si acredita que ha aplicado la diligencia y los estándares propios de la actuación que le hubiera sido encomendada. La acción para exigir esta responsabilidad prescribe a los cuatro años desde la fecha del informe (art. 68 LSC).

Las sucesivas reformas del artículo 69 LSC han introducido en este punto excepciones a la exigencia del informe, de modo que si se trata de aportación de valor mobiliario admitido a cotización en un mercado oficial, valdrá como informe de experto independiente la certificación emitida por la sociedad rectora del mercado en el cual estén cotizándose estos valores. Asimismo, el actual art. 69.b LSC exceptúa de la obligación de informe de experto independiente a aquellas aportaciones distintas a los valores mobiliarios a los que se ha hecho referencia (letra a del precepto) cuyo valor razonable se hubiera determinado, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la realización efectiva de la aportación, por experto independiente con competencia profesional no designado por las partes. Si se hubiera producido con posterioridad una alteración significativa del valor del bien, los administradores o, en su defecto, los accionistas que representen al menos el 5% del capital social, podrán exigir, el día en que se adopte el acuerdo de aumento de capital, que el registrador mercantil del domicilio social nombre a un experto independiente que emita el informe correspondiente sobre la valoración del bien que se va a aportar. La solicitud podrá realizarse hasta el día de la realización efectiva de la aportación, siempre que en el momento de presentarla continúen representando al menos el 5% del capital social.

Otros supuestos de exclusión del informe hacen referencia a la constitución de una nueva sociedad por fusión o escisión, si se ha elaborado un informe por experto independiente sobre el proyecto de fusión o escisión; al supuesto de aumento del capital social realizado con la finalidad de entregar las nuevas acciones o participaciones sociales a los socios de la sociedad absorbida o escindida, si se hubiera elaborado un informe de experto independiente sobre el proyecto de fusión o escisión, o al supuesto de realización del aumento del capital social con la finalidad de entregar las nuevas acciones a los accionistas de la sociedad que sea objeto de una oferta pública de adquisición de acciones.

Asimismo, cuando las aportaciones no dinerarias se efectúen sin informe de expertos independientes designados por el registrador mercantil, los administradores deberán elaborar un informe sustitutivo que describa la aportación, su valor, el origen de este y el método seguido para obtenerla (se adjuntará el certificado de la sociedad rectora de la Bolsa sobre cotización del valor mobiliario, en su caso), declaración en la que precisen la correspondencia entre el valor y el valor nominal o, en su caso, la prima de emisión de las acciones atribuidas como contrapartida, así como una declaración en la que afirmen que no han aparecido circunstancias nuevas que pudieran haber afectado a la valoración inicial (art. 70 LSC).

Una copia autenticada del informe del experto o del informe de los administradores deberá depositarse en el Registro Mercantil en el plazo máximo de un mes desde la fecha efectiva de la aportación. Uno y otro informe se incorporarán como anexo a la escritura de constitución de la sociedad o a la de ejecución del aumento del capital social (art. 71 LSC).

Se establece también, durante un plazo de tiempo de dos años desde la inscripción de la escritura de constitución de la sociedad anónima o desde la transformación en este tipo social, un control especial sobre las adquisiciones onerosas efectuadas por la sociedad cuyo importe exceda de la décima parte del capital social (art. 72 LSC). El control supone la necesaria aprobación por parte de la junta general, ante la que los administradores deberán justificar la adquisición mediante informe elaborado al efecto, así como el cumplimiento de las exigencias que para las aportaciones no dinerarias contempla la LSC. El informe se incorporará a la escritura correspondiente, dándole así publicidad. En todo caso, no se aplicará esta norma cuando se trate de adquisiciones comprendidas en las operaciones ordinarias de la sociedad (propias de la gestión corriente) ni a las que se verifiquen en mercado secundario oficial o en subasta pública.

### **3.6.3. La responsabilidad por las aportaciones no dinerarias**

En esta materia, la LSC distingue un régimen aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada del propio de la sociedad anónima, dado que en este se exige únicamente la emisión del informe del experto o, en su caso, de los administradores sociales por las aportaciones dinerarias.

Los artículos 73 a 76 LSC regulan la responsabilidad solidaria frente a los acreedores sociales de los fundadores (así como de las personas por cuya cuenta hubieran obrado), de las personas que ostentaran la condición de socio en el momento de acordarse el aumento de capital y de quienes adquieran alguna participación desembolsada mediante aportaciones no dinerarias, por la realidad de estas aportaciones y del valor que se les hubiera atribuido en la escritura (art. 73.1.º LSC). En los supuestos de aumento de capital, responderán también solidariamente los administradores por la diferencia entre la valoración que hubiesen realizado y el valor real de las aportaciones (art. 73.3.º LSC). Sin embargo, en los aumentos de capital, quedarán exonerados de responsabilidad los socios que hubieran hecho constar en acta su oposición al acuerdo o a la valoración atribuida a la aportación (art. 73.2.º LSC).

La acción de responsabilidad podrá ser ejercitada por los administradores o por los liquidadores de la sociedad, sin requerirse acuerdo previo de la sociedad; la acción también podrá ser ejercitada por cualquier socio que hubiera votado en contra del acuerdo siempre que represente, al menos, el 5% de la cifra del capital social y por cualquier acreedor en caso de insolvencia de la sociedad (art. 74 LSC).

La responsabilidad prescribe a los cinco años, contados desde el momento en que se haya realizado la aportación (art. 75 LSC), quedando excluidos de este régimen solidario de responsabilidad los socios que voluntariamente hubieran sometido sus aportaciones no dinerarias a valoración pericial (art. 76 LSC).

Para las sociedades anónimas, el artículo 77 LSC dispone que los fundadores (o las personas por cuya cuenta hubieran obrado estos) responderán solidariamente frente a la sociedad, los accionistas y los terceros de la realidad de las aportaciones sociales y de la valoración de las no dinerarias.

### **3.6.4. El desembolso de las aportaciones sociales. Los desembolsos pendientes**

En la sociedad de responsabilidad limitada, las participaciones sociales deben encontrarse en su totalidad asumidas por los socios e íntegramente desembolsadas en el momento de otorgar la escritura de constitución de la sociedad o de ejecución del aumento del capital social (art. 78 LSC). En el caso de las sociedades anónimas, el artículo 79 LSC dispone que las acciones deberán estar íntegramente suscritas por los socios y desembolsado, al menos, en una cuarta parte el valor nominal de cada una de ellas en el momento de otorgar

la escritura de constitución de la sociedad o de ejecución del aumento del capital social (principio de íntegra suscripción y desembolso mínimo del capital social en la sociedad anónima).

Como se desprende de ambas normas, solo encontraremos desembolsos pendientes (dividendos pasivos) en las sociedades anónimas.

El artículo 80 LSC contempla el régimen de las aportaciones no dinerarias aplazadas, debiendo determinar en la escritura su naturaleza, valor y contenido, la forma y el procedimiento de efectuarlas, con mención expresa a su plazo de desembolso, que no podrá exceder los cinco años desde la constitución de la sociedad o del acuerdo de aumento del capital social. El informe del experto o, en su caso, el de los administradores se incorporará como anexo a la escritura en la que conste la realización de estos desembolsos aplazados.

El régimen general de los desembolsos pendientes a cargo del socio se contempla en los artículos 81 a 85 LSC. Evidentemente, el accionista deberá completar la aportación prometida y tendrá que hacerlo en los plazos y forma previstos en los estatutos sociales. La exigencia de su pago se notificará a los afectados o se anunciará en el BORME; entre la fecha del envío de la comunicación o la del anuncio y la del pago deberá mediar, al menos, un mes (art. 81 LSC).

El accionista que no cumpla con su obligación en los plazos previstos (por los estatutos o por decisión de los administradores) incurrirá en mora (art. 82 LSC), por lo que no podrá ejercer el derecho de voto, deduciéndose el importe de sus acciones para el cómputo del quorum. Tampoco podrá percibir dividendos ni suscribir preferentemente nuevas acciones ni obligaciones convertibles, si bien una vez abonado el importe pendiente, junto con los intereses correspondientes, el accionista podrá reclamar el pago de los dividendos no prescritos, pero no podrá reclamar la suscripción preferente si el plazo para su ejercicio ya hubiere transcurrido (art. 83 LSC).

Ante el accionista incumplidor o moroso, la sociedad tiene dos opciones: reclamar el cumplimiento de la obligación de desembolso, con abono del interés legal y de los daños y perjuicios causados por la morosidad, o enajenar las acciones por cuenta y riesgo del socio moroso (art. 84.1.º LSC). Si se tuviera que proceder a la venta de las acciones, la enajenación se verificará por medio de un miembro del mercado secundario oficial en el que estuvieran admitidas a negociación, o por medio de fedatario público en otro caso, y llevará consigo, si procede, la sustitución del título originario por un duplicado. En caso de que la venta no se pueda efectuar, la acción se amortizará, reduciéndose el capital en la cantidad correspondiente, y quedarán en beneficio de la sociedad las cantidades ya desembolsadas (art. 84.2.º LSC).

El artículo 85 LSC establece, por último, una especial responsabilidad en la transmisión de acciones no liberadas: el adquirente de una acción no liberada (aquella que todavía tiene desembolsos pendientes a cuenta de su valor nomi-

nal) responderá solidariamente con todos los transmitentes que le precedan, y a elección de los administradores de la sociedad, del pago de la parte no desembolsada. La responsabilidad durará tres años, contados desde la fecha de la respectiva transmisión. Cualquier pacto contrario a la responsabilidad solidaria así determinada será nulo. El adquirente que pague podrá reclamar la totalidad de lo pagado de los adquirentes posteriores.

### **3.6.5. Las prestaciones accesorias**

El artículo 58.2.º LSC prohíbe la aportación al capital social de la sociedad de capital de trabajo o servicios. No obstante, en los estatutos de las sociedades de capital podrán establecerse prestaciones accesorias (distintas de la principal, que es aportar), expresando su contenido determinado y si se han de realizar gratuitamente o mediante retribución, así como las eventuales cláusulas penales inherentes a su incumplimiento (art. 86.1.º LSC).

Por tanto, como notas características de las prestaciones accesorias pueden destacarse las siguientes:

- No pueden integrar el capital social (art. 86.2.º LSC).
- Pueden consistir en un dar, un hacer o un no hacer.
- Pueden ser gratuitas o retribuidas (art. 86.1.º LSC). Si son retribuidas, deberá constar en los estatutos la compensación que deba recibir quien las realice. En ningún caso la cuantía de la retribución podrá exceder el valor que corresponda a la prestación (art. 87 LSC).
- Podrán establecerse con carácter obligatorio para todos o algunos de los socios o vincular la obligación de realizarlas a la titularidad de una o varias participaciones sociales o acciones concretamente determinadas (art. 86.3.º LSC).
- El artículo 88.1.º LSC restringe la transmisión de las acciones o participaciones que lleven aparejadas la realización de estas prestaciones accesorias o de las que sea titular un socio personalmente obligado a realizarlas. La transmisión deberá ser autorizada, salvo disposición contraria de los estatutos, por la junta general en las sociedades de responsabilidad limitada, y por los administradores en la sociedad anónima. Transcurrido el plazo de dos meses desde que se hubiera presentado la solicitud de autorización sin que la sociedad haya contestado a la misma, se considerará que la autorización ha sido concedida (art. 88.2.º LSC).
- La creación, modificación y extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias deberá acordarse con los requisitos previstos

para la modificación de los estatutos y requerirá, además, el consentimiento individual de los obligados (art. 89, primer inciso LSC).

- Si los estatutos no disponen lo contrario, la condición de socio no se perderá por la falta de realización de las prestaciones accesorias por causas involuntarias (art. 89, segundo inciso LSC).

### **3.7. Las acciones y las participaciones sociales**

#### **3.7.1. Perspectivas de análisis de las acciones y las participaciones**

El estudio de las acciones y las participaciones se puede realizar desde dos perspectivas diferentes. El análisis de las acciones permite, dada su naturaleza de títulos valores, ampliar el examen a su consideración de valores mobiliarios (art. 92.1.º LSC).

##### **a) Como partes del capital**

Dispone el artículo 90 LSC que las participaciones sociales en la sociedad limitada y las acciones en la anónima son partes alícuotas, indivisibles y acumulables del capital social.

Existe, en consecuencia, una relación directa entre el capital social y la acción o la participación social. De hecho, tanto acciones como participaciones tienen un importe aritmético, submúltiplo de la cifra del capital, denominado valor nominal. La fijación de este valor es libre, puesto que la ley no establece límite, solo exige que el valor nominal conste en los estatutos de la sociedad, en el caso de tratarse de acciones en su título y en los recibos provisionales. Ahora bien, como a lo largo de la vida de las sociedades no suelen coincidir las cifras de capital social y de patrimonio, el valor nominal de la acción o la participación tampoco se corresponde con su valor real, que se obtiene dividiendo el importe efectivo del patrimonio entre el número total de acciones o participaciones; aun así, el valor real tampoco suele coincidir con el valor de mercado, que se obtiene fundamentalmente en función de los beneficios repartibles a los socios.

Las participaciones y las acciones no han de ser necesariamente iguales, permitiendo la ley la emisión de participaciones o acciones con distintos valores nominales. Acciones y participaciones han de responder necesariamente a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad, y no podrán crearse participaciones o emitirse acciones por una cifra inferior a la de su valor nominal (art. 59 LSC).

## b) La acción como expresión de la condición de socio

La condición de socio va unida a la titularidad de la acción o la participación. La calidad de socio en la sociedad anónima es fungible (y en cierta medida también en la sociedad de responsabilidad limitada), ya que se pueden sustituir unos socios por otros mediante la simple transmisión de las acciones, dado que estas son expresión de esta condición jurídica o estatus de socio como conjunto de derechos y obligaciones. Los derechos integrantes de la condición jurídica de socio se pueden clasificar en derechos de naturaleza económica (a participar en los beneficios sociales, a participar en el patrimonio resultante de la liquidación y de ejercer el derecho de suscripción preferente y el de asignación gratuita en la emisión de nuevas acciones o participaciones) y derechos de naturaleza política (a asistir y votar en las juntas generales, a impugnar los acuerdos sociales y el importante derecho de información).

### 3.7.2. La acción como valor mobiliario. La representación de las acciones

Las acciones se incorporan tradicionalmente a títulos valores que simultáneamente acreditan la condición de socio a su tenedor legítimo y ofrecen la posibilidad de realizar transacciones fáciles y rápidas. En el momento actual no resulta práctica la documentación de las acciones mediante títulos, y el legislador ha permitido su representación por simples anotaciones contables llevadas informáticamente. La vigente regulación de la sociedad anónima permite, por tanto, la representación por títulos o por anotaciones en cuenta (art. 92.1.º LSC). Por el contrario, como se desprende del artículo 92.2.º LSC, las participaciones sociales no podrán estar representadas por medio de títulos o de anotaciones en cuenta, ni denominarse acciones, y en ningún caso tendrán el carácter de valores.

Los artículos 113 a 117 LSC regulan la representación de las acciones mediante títulos, mientras que los artículos 118 y 119 LSC se ocupan de la representación de las acciones mediante anotaciones en cuenta.

Las acciones representadas por medio de títulos podrán ser nominativas o al portador, si bien revestirán necesariamente la forma nominativa mientras no haya sido enteramente desembolsado su importe cuando su transmisibilidad esté sujeta a restricciones, cuando lleven aparejadas prestaciones accesorias o cuando así lo exijan disposiciones especiales (art. 113.1.º LSC). Asimismo, serán nominativos los resguardos provisionales de las acciones (art. 115.1.º LSC).

Los títulos se numerarán correlativamente, extendiéndose en libros talonarios, y podrán incorporar una o más acciones de la misma serie, conteniendo las menciones establecidas en el artículo 114.1.º, letras a-g LSC, debiendo constar en el título, de forma destacada, el hecho de que la acción no otorgue a su titular el derecho de voto (art. 114.2.º LSC).

Las acciones nominativas figurarán en su libro registro específico, que recogerá las sucesivas transferencias de acciones que se produzcan. De este modo, la sociedad solo considerará accionista a quien se encuentre inscrito en dicho libro, al que tendrá acceso cualquier socio que lo solicite (art. 116.1.º a 3.º LSC). El accionista tendrá derecho, mientras no se hayan entregado los títulos, a que se le proporcione certificación de las inscritas a su nombre (art. 116.5.º LSC).

Las anotaciones en cuenta, necesariamente nominativas, se rigen por la normativa del mercado de valores, que además impone a las entidades que hayan de llevar los registros de los valores representados por medio de anotaciones en cuenta la obligación de comunicar a la sociedad emisora los datos necesarios para la identificación de sus accionistas (art. 118.3.º LSC). Las modificaciones de las características de las acciones representadas mediante anotaciones en cuenta se hará pública, una vez formalizada de acuerdo con la ley, en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia del domicilio social (art. 119 LSC).

### **3.7.3. La transmisión de las acciones**

Por su naturaleza de títulos valores, las acciones son esencialmente transmisibles. La negociabilidad, rasgo característico de los títulos valores, resulta fundamental en los títulos representativos de las acciones. Será, pues, la transmisión de estas acciones lo que permita al accionista abandonar la sociedad, puesto que no puede retirar la aportación hecha al fondo común, ni resolver a voluntad el vínculo social, como lo pueden hacer los socios de las sociedades colectivas o comanditarias constituidas por tiempo indefinido.

La ley no pone a la circulación de las acciones (y de las participaciones sociales en la sociedad de responsabilidad limitada) otra limitación que la derivada del artículo 34 LSC, que prohíbe su circulación antes de la inscripción de la sociedad o del acuerdo de aumento de capital social en el Registro Mercantil:

«a) En la circulación de las acciones representadas por títulos, la ley distingue entre el período en el cual todavía no se hubieran impreso y entregado los títulos, y el período posterior a la impresión y entrega de los títulos al accionista. En el primer período, la transmisión de las acciones se producirá de acuerdo con las normas sobre cesión de créditos y resto de derechos incorporeales; en el segundo, se debe distinguir entre acciones al portador y acciones nominativas (art. 120 LSC).

b) La circulación de las acciones representadas por anotaciones en cuenta se basa en las siguientes características: su transmisión tendrá lugar por transferencia contable; la inscripción de la transmisión a favor del adquirente producirá los mismos efectos que la tradición de los títulos y se podrá oponer a terceros desde el momento en que se hubiera practicado la inscripción; el tercero que adquiere acciones representadas por anotaciones en cuenta de persona que aparece legitimada para su transmisión no podrá ser objeto de reivindicación, si no ha actuado de mala fe o con culpa grave (remite el art. 120 LSC al art. 545 CCo). Las acciones pueden también transmitirse mediante endoso, en cuyo caso serán de aplicación, en la medida en que sean compatibles con la naturaleza del título, los artículos 15, 16, 19 y 20 de la Ley cambiaria y del cheque (LCCh), debiendo acreditarse la transmisión ante la sociedad por la exhibición del título. Los administradores comprobarán la regularidad de la cadena de endosos y procederán a la inscripción de la transmisión en el libro-registro de acciones nominativas».

El principio de libre transmisión de las acciones puede quedar limitado por la voluntad de la sociedad expresada en los estatutos o por acuerdos particulares de los accionistas que pueden obligarse voluntariamente a respetar determinadas restricciones en la circulación de los títulos. La ley contempla exclusivamente las restricciones estatutarias (art. 123 LSC) por ser las únicas que afectan y obligan a la sociedad. Las otras quedan fuera del ámbito social o corporativo.

Las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones solo podrán recaer sobre acciones nominativas, estableciendo la LSC que serán nulas las cláusulas que hagan prácticamente intransmisible la acción (art. 123.2.º LSC), así como aquellas que obliguen al socio a transmitir un número de acciones diverso del que ofertó, o que le impidan obtener el valor real de las acciones (art. 123 RRM).

Las cláusulas restrictivas más habituales en negocios *inter vivos* son las que condicionan la transmisión a la previa autorización de la sociedad cuando los estatutos mencionen las causas que permitan denegarla. En estos casos, salvo disposición contraria de los estatutos, la autorización será concedida o denegada por los administradores de la sociedad, y en cualquier caso, transcurridos dos meses desde que se presentó la solicitud de autorización sin que la sociedad haya contestado a ella, se considerará que la autorización ha sido concedida (art. 123.3.º LSC).

Las restricciones a la libre transmisibilidad solo podrán ser exigibles en la transmisión *mortis causa* de las acciones cuando así se establezca expresamente en los estatutos (art. 124.1.º LSC). En este caso, la sociedad deberá presentar al heredero un adquirente de las acciones o adquirirlas ella misma por el valor razonable (determinado por un auditor de cuentas, distinto al auditor de la sociedad) que tuvieran en el momento en que se solicitó la inscripción, de acuerdo con lo previsto para la adquisición derivativa de acciones propias en el artículo 146 LSC (art. 124.2.º LSC).

El régimen propio de las transmisiones *mortis causa* se aplicará a las transmisiones forzosas cuando la adquisición de las acciones se haya producido como consecuencia de un procedimiento judicial o administrativo de ejecución (art. 125 LSC).

### 3.7.4. La transmisión de las participaciones sociales

Resulta interesante establecer, en primer lugar, una primera distinción entre el régimen propio de la sociedad anónima y el de la sociedad de responsabilidad limitada en este punto. En la sociedad anónima, aun cuando el principio rector de la transmisión es la total libertad, los estatutos pueden establecer restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones, de acuerdo con los principios y límites establecidos en los artículos 120 y 123 LSC. No obstante, no resulta posible la limitación total de la transmisión, al considerarse nulas las cláusulas que hagan prácticamente intransmisible la acción (art. 123.2.º LSC).

Por el contrario, la sociedad limitada se configura como una sociedad cerrada, que no puede ser convertida por los estatutos en una sociedad abierta, dado que se consideran nulas las cláusulas que hagan prácticamente libre la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos *inter vivos* (art. 108.1.º LSC). La ley reconoce, eso sí, supuestos de libre transmisibilidad, a falta de disposición contraria de los estatutos, en relación con el cónyuge, ascendientes y descendientes del socio transmitente y otros socios, así como sociedades pertenecientes al mismo grupo (art. 107.1.º LSC).

No obstante, la posibilidad de cerrar totalmente la sociedad de responsabilidad limitada se admite solo si se reconoce simultáneamente un amplísimo derecho de separación al socio (art. 108.3.º LSC), dado que en caso contrario únicamente se permite la restricción total por un período de duración que no puede exceder de cinco años (art. 108.4.º LSC).

La LSC establece igualmente la intransmisibilidad de las participaciones sociales antes de la inscripción de la sociedad o del acuerdo de aumento de capital social (art. 34 LSC). La transmisión requiere documento público (art. 106.1.º LSC) y se regula el libro registro de socios, al que se otorga idéntica eficacia legitimadora que al libro registro de acciones nominativas (art. 104.2.º LSC: «La sociedad solo reputará socio a quien se halle inscrito en dicho libro»), a diferencia de la normativa vigente antes del TRLSC (véase en este sentido el derogado art. 27 LSRL).

La ley dispone que las transmisiones que no se ajusten a las normas legales o estatutarias establecidas no tendrán eficacia frente a la sociedad (art. 112 LSC).

El régimen de la transmisión de las participaciones sociales será el vigente en la fecha en que el socio hubiera comunicado a la sociedad el propósito de transmitir o, en su caso, en la fecha de fallecimiento del socio o en la de la adjudicación judicial o administrativa (art. 111 LSC).

La LSC diseña, en consecuencia, un régimen de transmisión supletorio de la voluntad de los socios manifestada en los estatutos para las sociedades de responsabilidad limitada con las siguientes características:

### 1) Transmisión *inter vivos*

La LSC establece una serie de límites a la autonomía de la voluntad de los socios en el establecimiento de las reglas por las que haya de regirse la transmisión *inter vivos* y, de este modo, el artículo 108 LSC proscribire las cláusulas que hagan prácticamente libre la transmisión de las participaciones *inter vivos*, las cláusulas que obliguen al socio a transmitir un número de participaciones distinto al que desea ofertar y las cláusulas que limiten totalmente la transmisibilidad de las participaciones sin reconocer un simultáneo derecho de separación o sin establecer una duración limitada de esta situación, que no podrá en ningún caso exceder de cinco años.

El régimen legal establecido en el artículo 107 LSC es el siguiente:

- Es libre la transmisión *inter vivos* a favor de familiares (cónyuge, ascendiente, descendiente) del socio o a favor de sociedades integrantes en el mismo grupo que la transmitente (el grupo se entiende como unidad económica y empresarial a estos efectos).
- Las demás transmisiones *inter vivos* se someten a las limitaciones estatutarias, que podrían consistir en la previa autorización o consentimiento de la sociedad y el reconocimiento de un derecho de adquisición preferente a favor de los socios o de terceros, entre otros. En caso de ausencia de disposición estatutaria, o en el caso de remisión de los estatutos a la disciplina legal, el régimen de la transmisión será el del artículo 107 LSC, que subordina la transmisión propuesta al consentimiento de la sociedad, mediante acuerdo de su junta general.

### 2) Transmisión *mortis causa* y forzosa

En los supuestos de adquisición de las participaciones por sucesión hereditaria, la ley señala que, en principio, el heredero adquirirá la condición de socio, aun cuando los estatutos pueden establecer a favor de los socios sobrevivientes un derecho de adquisición preferente por su valor razonable en el momento del fallecimiento (art. 110 LSC). En cuanto a la valoración de la participación del socio fallecido, se estará a lo establecido para el supuesto de separación de socios, y deberá pagarse el importe al contado. En el artículo 110.2.º LSC la

ley establece asimismo que el derecho de adquisición habrá de ejercerse en el plazo máximo de tres meses a contar desde la comunicación a la sociedad de la adquisición hereditaria.

La transmisión forzosa se encuentra, por último, regulada en el artículo 109 LSC, que se limita a establecer una serie de normas de procedimiento aplicables en caso de embargo de las participaciones, permitiendo, en determinadas condiciones, la subrogación en lugar del rematante o del deudor a los mismos socios o a la sociedad.

### **3.7.5. Copropiedad, prenda, usufructo y embargo de acciones y participaciones sociales**

La existencia de copropiedad o la constitución de derechos reales limitados sobre las participaciones sociales o las acciones es objeto de regulación en la LSC (arts. 126 a 133 LSC).

Si se trata de acciones, y estas están representadas por títulos, deberemos distinguir, según se trate, de títulos nominativos o al portador. En el primer supuesto, la existencia de la copropiedad o de los derechos reales limitados deberá inscribirse en el libro registro de acciones nominativas (art. 121.2.º LSC). Si son al portador, la existencia de estos derechos reales limitados incidirá sobre la posesión de los títulos al portador, que pasarán al usufructuario o al acreedor pignoraticio.

Cuando las acciones estén representadas mediante anotaciones en cuenta, la constitución de derechos reales limitados u otra clase de gravámenes sobre las acciones deberá inscribirse en la cuenta correspondiente, y de esta manera la inscripción equivaldrá al desplazamiento posesorio del título (art. 10 LMV).

#### **a) Copropiedad**

El conjunto de derechos que forma la participación social o la acción es indivisible, conforme dispone el artículo 90 LSC. No obstante, los copropietarios de una acción designarán a una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio y responderán solidariamente frente a la sociedad de cuantas obligaciones se deriven de la condición de accionistas. Igualmente, se admite la posibilidad de que se pueda producir una cotitularidad de derechos sobre las acciones, aplicándose en este caso la misma regla que en el supuesto de copropiedad (art. 126 LSC).

#### **b) Usufructo**

Los artículos 127 a 130 LSC se refieren al usufructo de participaciones sociales o acciones y señalan que, en este caso, la cualidad de socio reside en el nudo propietario, si bien el usufructuario será quien tenga derecho a obtener los

dividendos producidos por las acciones mientras dure el usufructo. El ejercicio de los restantes derechos corresponde, salvo pacto en contrario, al nudo propietario (art. 127.1.º LSC).

La ley establece igualmente que el usufructuario quedará obligado a facilitar al nudo propietario el ejercicio de tales derechos (art. 127.1.º, segundo inciso LCS).

Cuando el usufructo recae sobre acciones no liberadas (art. 130 LSC), el nudo propietario es el obligado frente a la sociedad a efectuar el pago de los dividendos pasivos. Efectuado el pago, tendrá derecho a exigir al usufructuario el interés legal de la cantidad invertida, con el límite de la cantidad percibida por este en concepto de dividendo. Asimismo, si cinco días antes de finalizar el plazo para realizar el pago no lo hubiese efectuado, el nudo propietario podrá pagar al usufructuario, quien ostentará un derecho de repetición contra aquel al terminar el usufructo.

El ejercicio del derecho de suscripción preferente ha merecido también la atención del legislador en el artículo 129 LSC. Este derecho se concede normalmente al nudo propietario, pero se establecen algunas matizaciones en la ley:

«1) Si el propietario no hubiese ejercitado el derecho de suscripción preferente diez días antes de que finalice el plazo, el usufructuario podrá enajenar este derecho o suscribir las nuevas acciones que le correspondan. En ese caso, la titularidad del precio de reventa del derecho de suscripción o de las nuevas acciones o participaciones corresponderá al nudo propietario, y el usufructo sobre esos bienes, al usufructuario.

2) Si se enajenan los derechos de asunción o de suscripción, bien por el nudo propietario, bien por el usufructuario, el usufructo se extenderá al importe obtenido por la enajenación.

3) Si se asumen nuevas participaciones o se suscriben nuevas acciones por el nudo propietario o por el usufructuario, el usufructo se extenderá a las participaciones o acciones cuyo desembolso se hubiera podido realizar con el valor total de los derechos utilizados en la asunción o suscripción. El resto de participaciones o acciones pertenecerán en plena propiedad a quien desembolsó su importe.

4) Si se aumenta el capital con cargo a beneficios o reservas constituidas durante el usufructo, las nuevas acciones corresponderán al nudo propietario, pero se extenderá el usufructo sobre ellas.

5) El usufructuario tiene los mismo derechos en el caso de emisión de obligaciones convertibles».

La LSC (art. 127.2.º) se ocupa no solo de determinar quién ostenta frente a la sociedad la cualidad de socio, sino también de las relaciones internas entre usufructuario y nudo propietario, al decir que en dichas relaciones registrá lo que determine el título constitutivo del usufructo; en su defecto, lo previsto en la presente ley y, supletoriamente, el Código civil (arts. 467 y sigs. CC).

Asimismo, el artículo 128 LSC contempla una serie de reglas para la liquidación del usufructo:

«1) Una vez finalizado el usufructo, el usufructuario podrá exigir al nudo propietario el incremento de valor de las participaciones o acciones usufructuadas que corresponda a los beneficios propios de la explotación de la sociedad integrados durante el usufructo en las reservas expresas que figuren en el balance de la sociedad, cualquiera que sea su naturaleza o denominación.

2) Disuelta la sociedad durante el usufructo, el usufructuario podrá exigir al nudo propietario una parte de la cuota de liquidación equivalente al incremento de valor de las participaciones o acciones usufructuadas previsto en el apartado anterior. El usufructo se extenderá al resto de la cuota de liquidación».

En el caso de que no se llegara a un acuerdo entre las partes sobre el importe a abonar en estos casos, será fijado por un auditor de cuentas, a petición de cualquiera de ellas, y su coste será asumido conjuntamente (art. 128.3.º LSC). Estos importes, al igual que los derivados de los artículos 129 y 130 LSC, podrán ser abonados en metálico o en participaciones o acciones de la misma clase que las que hubieran estado sujetas a usufructo, calculando su valor en virtud del que les corresponda conforme al último balance de la sociedad que hubiera sido aprobado (art. 131.1.º LSC).

### c) Prenda y embargo de acciones

En el caso de prenda de acciones, corresponderá a su propietario, salvo disposición contraria de los estatutos, el ejercicio de los derechos de accionista, quedando obligado el acreedor pignoraticio a facilitar su ejercicio (art. 132.1.º LSC). En la sociedad anónima, si el propietario incumpliese la obligación de desembolsar los dividendos pasivos, el acreedor pignoraticio podrá cumplir por sí mismo esta obligación o proceder a la realización de la prenda (art. 132.3.º LSC).

Cuando las acciones estén admitidas a cotización, en el supuesto de prenda, se deberá atender igualmente a los artículos 320 a 324 CCo, sobre los préstamos con garantía de valores y los derechos de ejecución preferencial que otorgan al prestamista.

Las normas sobre la prenda de acciones se aplican al supuesto de embargo por expresa remisión legal, siempre que sean compatibles con el régimen específico del embargo (art. 133 LSC).

## 3.7.6. Negocios sobre las propias participaciones y acciones

### a) Adquisición originaria

La LSC parte del principio de prohibición de la adquisición originaria en su artículo 134: «En ningún caso las sociedades de capital podrán asumir o suscribir en sus propias participaciones o acciones ni las creadas o emitidas por su sociedad dominante»). Respecto de los negocios sobre las propias partici-

paciones y acciones, la LSC, siguiendo con la normativa europea, contiene una regulación amplia y compleja, con el fin de proteger adecuadamente los intereses de los acreedores.

Estas normas cumplen también la finalidad de proteger a los socios minoritarios ante el grupo de control, puesto que podrían resultar perjudicados en el caso de que los administradores ostentaran la representación de las acciones o participaciones de que es titular la sociedad. Esta regulación contempla las siguientes operaciones:

- Los negocios sobre acciones y participaciones propias: operaciones de adquisición, originaria o derivativa, que puede dar lugar a lo que se denomina autocartera; la aceptación garantizada de acciones o participaciones propias; la asistencia financiera a tercero para la adquisición de acciones o de participaciones propias.
- Las operaciones de participación entre sociedades, que comprenden las participaciones recíprocas.

La regla general en cuanto a la adquisición originaria (en el momento constitutivo o de aumento de capital respecto de la emisión de nuevas acciones o la asunción de nuevas participaciones) de acciones o participaciones propias o de acciones o participaciones de la sociedad dominante es su prohibición, como ya hemos señalado e impone el artículo 134 LSC.

A este respecto, la LSC distingue las consecuencias de la infracción de esta norma según se trate de una sociedad anónima o de una sociedad de responsabilidad limitada. Para estas últimas, el artículo 135 LSC dispone que la adquisición originaria será nula de pleno derecho. En el caso de las sociedades anónimas, el artículo 136 LSC dispone que las acciones suscritas serán propiedad de la sociedad anónima suscriptora, y a continuación añade las siguientes reglas:

- Si se trata de adquisición de acciones propias, responderán solidariamente de la obligación de desembolso los fundadores o promotores, y, en caso de aumento de capital, los administradores.
- Si se trata de adquisición originaria de participaciones sociales o de acciones de la dominante, la obligación de desembolsar recaerá solidariamente sobre los administradores de ambas sociedades (emisora y suscriptora, dominante y adquirente, respectivamente).

Si la adquisición se efectúa por persona interpuesta, los fundadores y, en su caso, los administradores de la sociedad responderán solidariamente del desembolso de las participaciones asumidas o de las acciones suscritas, alcanzan-

do la misma responsabilidad a los promotores de la sociedad anónima (art. 137 LSC), aunque quedarán exentos de responsabilidad los que prueben no haber incurrido en culpa (art. 138 LSC).

Cuando la sociedad anónima hubiera efectuado una adquisición originaria infringiendo la prohibición del artículo 134 LSC, deberá enajenar las acciones o participaciones adquiridas en el plazo de un año desde la fecha de la primera adquisición. Si no lo hiciera en dicho plazo, los administradores deberán convocar a la junta general para que acuerde la reducción del capital, previa amortización de las acciones propias. Esta reducción podrá ser solicitada al secretario judicial o al registrador mercantil del lugar del domicilio social por cualquier interesado si la sociedad no hubiera reducido el capital dentro del plazo de dos meses desde la finalización del plazo para enajenar, destacándose el deber que pesa sobre los administradores de solicitar dicha reducción al juez si el acuerdo de la junta general hubiera sido contrario a la reducción o no pudiera ser logrado (por ejemplo, por paralización del funcionamiento de la junta general). Las participaciones sociales o acciones de la sociedad dominante serán enajenadas a instancia de parte interesada por el secretario judicial o el registrador mercantil (art. 139 LSC).

## b) Adquisición derivativa

La LSC mantiene en este punto la distinción del régimen previsto para las sociedades anónimas (arts. 144 a 150 LSC) y las sociedades de responsabilidad limitada (arts. 140 a 143 LSC).

En relación con la **sociedad anónima**, la LSC distingue supuestos de libre adquisición derivativa de otros supuestos en los que esta adquisición se encuentra condicionada.

La adquisición derivativa está libremente autorizada por la ley en los supuestos del art. 144 LSC:

«1) Adquisición autorizada por la junta general por aprobación de un acuerdo de reducción de capital.

2) Participaciones o acciones que forman parte de un patrimonio adquirido a título universal.

3) Acciones o participaciones íntegramente liberadas adquiridas a título gratuito.

4) Acciones o participaciones íntegramente liberadas adquiridas como consecuencia de una adjudicación judicial para satisfacer un crédito de la sociedad frente a su titular».

En los supuestos 2 y 3 enunciados, la sociedad deberá enajenar las acciones o participaciones propias adquiridas en el plazo de tres años a contar desde la fecha de la adquisición, salvo que previamente se amortizaran con la consiguiente reducción del capital social o que, sumadas a las que ya posean la sociedad adquirente y sus filiales, y, en su caso, la sociedad dominante y sus filiales, no excedan del 20% del capital social (norma que se establece con ca-

rácter general como límite en el art. 146.2.º LSC). En caso de incumplimiento de la norma, se aplicará lo previsto para las adquisiciones originarias en el artículo 139.2.º y 3.º LSC (reducción de capital, previa amortización de las acciones o participaciones).

Por otra parte, el artículo 146 LSC se refiere a las adquisiciones derivativas condicionadas, autorizando la adquisición si el acuerdo procede de la junta general de la sociedad adquirente (también de la sociedad dominante cuando la operación tenga por objeto adquirir sus acciones o participaciones por otra sociedad del grupo), acuerdo que deberá contener las menciones recogidas en el artículo 146.1.º.a LSC. La sociedad también podrá adquirir acciones o participaciones propias si la adquisición, comprendidas las acciones que la sociedad o persona que actuase en nombre propio pero por cuenta de aquella hubiese adquirido con anterioridad y tuviese en cartera, no produjera el efecto de que el patrimonio neto resulte inferior al importe del capital social más las reservas legal o estatutariamente indisponibles (art. 146.1.º.b LSC).

Será nula la adquisición por la sociedad de acciones propias parcialmente desembolsadas, salvo que sea a título gratuito, y de las que lleven aparejada la obligación de realizar prestaciones accesorias (art. 146.4.º LSC).

La infracción de estas normas supondrá la aplicación del régimen de infracción de las normas sobre adquisición originaria contenidas en el artículo 139 LSC (art. 147 LSC).

Respecto de las acciones propias, el artículo 148 LSC establece una serie de normas de obligado cumplimiento por la sociedad: quedará en suspenso el ejercicio del derecho de voto respecto de estas acciones, así como todos los derechos políticos a ellas incorporados, mientras que los derechos económicos (a excepción del derecho de asignación gratuita de nuevas acciones) serán atribuidos proporcionalmente al resto de las acciones; sí se computarán a efectos de quorum; es necesario establecer en el patrimonio neto del balance una reserva indisponible equivalente al importe de dichas acciones computado en el activo; se ha de cumplir con las menciones obligatorias que el art. 148.4.º LSC establece en el informe de gestión de la sociedad y, en su caso, de la sociedad dominante.

Por último, es de destacar que todas estas normas serán igualmente de aplicación a la aceptación en prenda o garantía de acciones propias o de su sociedad dominante por parte de la sociedad (art. 149.1.º LSC), sin que resulte de aplicación esta norma a las operaciones hechas en el ámbito de las actividades ordinarias de los bancos y demás entidades de crédito, operaciones que sí deberán cumplir con lo establecido en el artículo 148.c LSC (obligación de establecer una reserva indisponible en el patrimonio neto equivalente al im-

porte de las participaciones o acciones de la sociedad dominante computado en el activo, y que deberá mantenerse en tanto las participaciones o acciones no sean enajenadas).

El artículo 150 LSC prohíbe además a la sociedad prestar asistencia financiera de cualquier tipo para facilitar la adquisición de sus acciones o de acciones de su sociedad dominante por un tercero. No se aplicará la norma cuando se intente facilitar la adquisición de estas acciones a los trabajadores de la empresa, ni tampoco a las operaciones efectuadas por bancos u otras entidades de crédito en el ejercicio de sus funciones.

En relación con las **sociedades de responsabilidad limitada**, la LSC también dedica unos preceptos a la regulación del denominado régimen de la autocartera, estableciendo en línea de principio la prohibición de la adquisición originaria (art. 134 LSC), como ya se ha expuesto. El artículo 140 LSC enumera los supuestos permitidos de adquisición derivativa en una lista cerrada (las adquisiciones realizadas fuera de estos casos serán nulas de pleno derecho; *cf.* art. 140.2.º LSC) que hace referencia a las hipótesis siguientes:

- «1) Cuando formen parte de un patrimonio adquirido a título universal o sean adquiridas a título gratuito, o como consecuencia de una adjudicación judicial para satisfacer un crédito de la sociedad contra el titular de las mismas.
- 2) Cuando las participaciones propias se adquieran en ejecución de un acuerdo de reducción del capital adoptado por la junta general.
- 3) Cuando las participaciones propias se adquieran en el caso previsto en el artículo 109.3.
- 4) Cuando la adquisición haya sido autorizada por la junta general, se efectúe con cargo a beneficios o reservas de libre disposición y tenga por objeto participaciones de un socio separado o excluido de la sociedad, participaciones que se adquieran como consecuencia de la aplicación de una cláusula restrictiva de la transmisión de las mismas o participaciones transmitidas *mortis causa*».

La sociedad podrá conservar estas participaciones propias, antes de enajenarlas o amortizarlas, durante un plazo máximo de tres años, y sin que pueda enajenarlas por un precio inferior a su valor razonable (art. 141 LSC). Las acciones o participaciones de la sociedad dominante deberán ser, no obstante, enajenadas en el plazo máximo de un año desde su adquisición. En tanto no sean enajenadas, será de aplicación el artículo 148 LSC (suspensión de derechos) (art. 141.3.º LSC). Se aprecia aquí, por tanto, una diferencia con el régimen de la sociedad anónima, para la cual el artículo 139.4.º LSC prevé, cuando no se cumpla el plazo de un año en la enajenación de las acciones o participaciones de la sociedad dominante, la enajenación judicial a instancia de parte interesada.

Si la sociedad no procede a la enajenación de las participaciones propias en el plazo de tres años, será necesario amortizarlas con la consiguiente reducción de capital, medida que podrá solicitar cualquier autorizado al juez de lo mercantil del domicilio social si la sociedad las omite (art. 141.2.º LSC).

La LSC obliga a dotar una reserva especial en el pasivo del balance, en tanto conserve participaciones propias, decretándose asimismo la suspensión de todos los derechos de dichas participaciones (art. 142 LSC).

Se prohíbe también la aceptación en garantía y la asistencia financiera sobre participaciones propias o emitidas por cualquier sociedad del grupo al que pertenezca la sociedad (art. 143.1.º LSC). La sociedad de responsabilidad limitada tampoco podrá anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantía, ni facilitar asistencia financiera para la adquisición de sus propias participaciones o de las participaciones creadas o las acciones emitidas por una sociedad del grupo a la que la sociedad pertenezca (art. 143.2.º LSC).

### c) Régimen de las participaciones recíprocas

En cuanto al régimen de las participaciones recíprocas, el artículo 151 LSC prohíbe su establecimiento si exceden del 10% de la cifra de capital de las sociedades participadas; esta regla se aplica igualmente a las participaciones circulares constituidas por medio de sociedades filiales.

No obstante, no se aplicará la normativa analizada en relación con las prestaciones recíprocas cuando se trate de participaciones recíprocas establecidas entre una sociedad filial y su sociedad dominante (art. 154 LSC).

Cuando una sociedad, por sí misma o a través de una sociedad filial, llegue a poseer más del 10% del capital social de otra sociedad, deberá notificárselo de inmediato, quedando mientras tanto suspendidos los derechos correspondientes a sus participaciones (art. 155.1.º LSC). La notificación deberá repetirse cada vez que se realice una nueva adquisición que supere el 5% del capital social. Estas notificaciones se incluirán en la memoria explicativa de ambas sociedades (art. 155.2.º LSC).

Por otra parte, en el patrimonio neto de la sociedad obligada a la reducción se establecerá una reserva equivalente al importe de las participaciones recíprocas que excedan del 10% del capital computadas en el activo (art. 153 LSC).

La violación de la norma que limita las participaciones recíprocas determina que la sociedad que primero reciba la notificación deberá reducir al 10% su participación en el capital de la otra. Si la recibieran simultáneamente, la obligación será a cargo de las dos, a no ser que acuerden que la efectúe una sola de ellas. Esta reducción deberá llevarse a cabo en el plazo máximo de un año desde la fecha de la notificación, quedando mientras en suspenso el derecho de voto de las participaciones que excedan este porcentaje. Si las participaciones se adquirieron en cualquiera de las circunstancias de libre adquisición derivativa de las participaciones sociales del artículo 144 LSC, el plazo se ampliará a los tres años. Si la sociedad incumple la obligación de reducción, las participa-

ciones excedentes se venderán judicialmente a instancia de parte interesada, suspendiéndose además los derechos correspondientes a todas las participaciones que la sociedad incumplidora detente en la otra sociedad (art. 152 LSC).

#### **d) Disposiciones comunes**

El artículo 156 LSC reputa nulo cualquier acuerdo entre la sociedad y otra persona en virtud del cual esta se obligue o se legitime para celebrar en nombre propio pero por cuenta de aquella alguna de las operaciones que en este capítulo se prohíbe realizar a la sociedad. Los negocios celebrados por la persona interpuesta con terceros se entenderán efectuados por cuenta propia y no producirán efecto alguno sobre la sociedad. Los negocios celebrados por persona interpuesta, cuando su realización no estuviera prohibida a la sociedad, así como las participaciones o acciones propias, o de la sociedad dominante, sobre las que recaigan tales negocios, quedan sometidos a las disposiciones de la LCS en materia de negocios sobre las propias acciones o participaciones sociales.

Es común asimismo el régimen de infracciones y sanciones contenido en el artículo 157 LSC. Por su parte, el artículo 158 LSC dispone que las disposiciones del capítulo referidas a operaciones que tienen por objeto participaciones o acciones de la sociedad dominante serán de aplicación aun cuando la sociedad que las realice no sea de nacionalidad española.

### **3.8. Las obligaciones**

Así como la emisión de acciones es el instrumento para obtener financiación con recursos propios, las obligaciones son el instrumento para obtener recursos de personas ajenas a la sociedad, que pasarán a ser acreedores. Se trata, pues, de un mecanismo de financiación con recursos ajenos. Conforme al tenor del artículo 401.1.º LSC, las sociedades de capital podrán emitir series numeradas de obligaciones u otros valores que reconozcan o creen una deuda, aunque en la actualidad se encuentra derogada la prohibición que anteriormente pesaba sobre las sociedades de responsabilidad limitada, si bien se mantiene una prohibición parcial en el artículo 401.2 IV, al establecer que la sociedad de responsabilidad limitada no podrá en ningún caso emitir ni garantizar obligaciones convertibles en participaciones sociales.

El régimen de las obligaciones contenido en la LSC debe completarse con lo dispuesto en el TRLMV (art. 41), que afecta a la emisión de obligaciones que vayan a ser objeto de una oferta pública de venta o de admisión a negociación en un sistema multilateral de negociación.

Las obligaciones se pueden representar mediante títulos o mediante anotaciones en cuenta (arts. 6 LMV y 412.1.º LSC), en cuyo caso quedarán sometidas a la normativa del mercado de valores (art. 412.3.º LSC). Cuando las obligaciones pretendan ser admitidas a negociación en Bolsa, tendrán que representarse necesariamente mediante anotaciones en cuenta.

Las sociedades de capital españolas podrán emitir obligaciones u otros títulos de deuda en el extranjero, cuyas reglas para determinar qué ley será aplicable se establecen en el art. 405 LSC, que en el caso de la capacidad, el órgano competente y las condiciones de adopción del acuerdo de emisión, será la española.

Salvo disposición contraria de los estatutos, será el órgano de administración el competente para acordar la emisión y la admisión a negociación de obligaciones, así como para acordar el otorgamiento de garantías de la emisión. La junta general de la sociedad anónima será competente para acordar la emisión de obligaciones convertibles en acciones o de obligaciones que atribuyan a los obligacionistas una participación en las ganancias sociales (art. 406 LSC).

Las obligaciones están definidas en el artículo 401.1.º LSC, que las considera valores que crean o reconocen una deuda de la sociedad. Los suscriptores de estas obligaciones se convierten en acreedores de la sociedad y se organizan en un sindicato con el fin de reducir gastos de organización y de relación con la sociedad (art. 403 LSC).

Como clases de obligaciones, podemos citar las siguientes:

- Si están representadas por medio de títulos, nominativas o al portador (art. 412.2.º LSC).
- Obligaciones simples o garantizadas que tienen garantías adicionales al patrimonio social (art. 404 LSC).
- Obligaciones subordinadas que se sitúan detrás de todos los acreedores privilegiados y también comunes.
- Obligaciones con interés fijo o con interés variable.
- Obligaciones convertibles o no convertibles en acciones. Las primeras suponen la posibilidad de que el obligacionista devenga accionista, sustituyendo la amortización o el desembolso en metálico de sus obligaciones por la suscripción de acciones de la sociedad emisora.
- Obligaciones con prima o sin ella. Las obligaciones con prima devuelven al obligacionista una determina suma, junto con el importe de su valor nominal, en el momento de la amortización.

- Obligaciones canjeables, que se distinguen de las convertibles en que los obligacionistas no convertirán sus obligaciones en acciones, pues tienen la posibilidad de amortizar sus obligaciones obteniendo a cambio acciones ya emitidas de las que puede disponer la sociedad porque sean acciones propias (art. 144 LSC) o porque son acciones emitidas por otras sociedades.

Cuando se trate de una emisión de obligaciones dirigida al público en general es necesario redactar un folleto de emisión y cumplir con las normas contenidas en los artículos 33 y sigs. LMV, además de sus normas de desarrollo.

El régimen de la LSC se caracteriza por las siguientes reglas:

- El acuerdo de emisión de obligaciones en una sociedad anónima, salvo que se trate de obligaciones convertibles en acciones, en cuyo caso es competencia de la junta general, podrá proceder del órgano de administración, a no ser que se hubiera previsto disposición contraria en los estatutos sociales.
- El acuerdo de emisión se formalizará en escritura pública, que ha de contener las menciones del artículo 407 LSC y debe ser inscrita en los registros correspondientes.
- La suscripción de las obligaciones implica para cada obligacionista la ratificación del contrato de emisión y su adhesión al sindicato (art. 409 LSC).
- El sindicato de obligacionistas tendrá que consentir la reducción de la cifra de capital social o el importe de las reservas, salvo que se trate de una emisión garantizada con hipoteca, prenda de valores, garantía pública o aval solidario de entidad de crédito (art. 411.1.º LSC). Este consentimiento no será necesario cuando simultáneamente se aumente el capital social con cargo a las cuentas de regularización y actualización de balances o a las reservas.

El obligacionista tiene derecho a la percepción de los intereses en las condiciones fijadas en la escritura de emisión, así como a la percepción de lotes, primas o premios (art. 407.1.º LSC). Los intereses de los títulos amortizados que el obligacionista cobre de buena fe no podrán ser objeto de repetición por la sociedad emisora (art. 431 LSC).

La demora en el pago de los intereses por más de seis meses permite al comisario proponer al consejo de administración la destitución de cualquiera de los administradores y convocar la junta general de accionistas, si aquellos no lo hicieren cuando estime que deben ser sustituidos (art. 428 LSC), y someter a la asamblea general de obligacionistas la ejecución de las garantías especiales para el pago del principal con los intereses vencidos (art. 429 LSC).

El obligacionista tiene también derecho a la amortización de los títulos en el tiempo y la forma convenidos. El artículo 432.2.º LSC dispone que la sociedad está obligada a celebrar los sorteos periódicos en los términos y forma previstos por el cuadro de amortización, con intervención del comisario y siempre en presencia de notario, que levantará el acta correspondiente. La falta de cumplimiento de esta obligación autorizará a los acreedores para reclamar el reembolso anticipado de las obligaciones.

Por último, el sindicato de obligacionistas, regulado en los artículos 419 a 429 LSC, es un instrumento de defensa de los intereses de los obligacionistas. Forman una organización compuesta por una asamblea general como órgano deliberante y el comisario, que preside la asamblea, como representante legal del sindicato.

En los casos que lo prevean las normas vigentes, la LSC exige la constitución de un sindicato para cada emisión (art. 403 LSC), así como la designación de un comisario por la sociedad, que concurrirá al otorgamiento del contrato de emisión en nombre de los futuros obligacionistas.

### **3.9. Derechos y obligaciones del socio. La acción o la participación social como fundamento de la condición de socio**

El artículo 93 LSC dispone que en los términos establecidos en la ley, y salvo en los casos en ella previstos, son derechos mínimos del socio los siguientes:

- Participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación.
- Asunción preferente en la creación de nuevas participaciones o el de suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones o de obligaciones convertibles en acciones.
- Asistir y votar en las juntas generales e impugnar los acuerdos sociales.
- El de información.

La acción y la participación social constituyen, por tanto, no solo una parte del capital de la sociedad, sino la representación de un conjunto de derechos que son constitutivos de la condición de socio, si bien el estatuto jurídico del socio comprende igualmente importantes obligaciones a su cargo, conforme a la normativa que rige el funcionamiento de la sociedad en la que se integra (art. 91 LSC).

Los derechos del socio guardan proporcionalidad con la aportación que haya realizado. Aunque la acción o la participación social son indivisibles, sí resultan acumulables a otras acciones o participaciones (art. 90 LSC), de modo que

un mismo socio puede detentar diverso número de ellas, ejerciendo los derechos correspondientes a cada una. Puede incluso ser titular de todas las acciones o participaciones, al admitirse en nuestro ordenamiento la existencia de sociedades anónimas y limitadas unipersonales.

El principio de proporcionalidad existente entre el valor nominal de la acción o participación y el conjunto de derechos que ostenta el socio es una manifestación del deber de igualdad de trato (art. 97 LSC). Ello no supone que debamos pensar que todas las acciones y participaciones deberán tener el mismo valor nominal, porque nuestra LSC no establece un valor nominal mínimo ni máximo. Pueden existir diversas **series de acciones**, entendidas como el conjunto de acciones que, perteneciendo a la misma clase, tienen el mismo valor nominal (art. 94.1.º LSC). Por **clase de acciones** debemos entender aquel conjunto de acciones que otorguen a su titular el mismo contenido de derechos (art. 94.1.º LSC). Se trata de la distinción entre acciones y participaciones ordinarias y privilegiadas, que analizaremos más adelante.

### **3.9.1. El conjunto de derechos integrantes de la condición de socio**

Los derechos integrantes del estatuto jurídico del socio pueden clasificarse conforme a muy variados criterios:

- En relación con su **contenido**, podemos distinguir entre derechos de carácter económico (participar en las ganancias, derecho a la cuota de liquidación), derechos de carácter político (derecho de asistencia, de voz y voto en las juntas generales, de información, de certificación, de impugnación de acuerdos sociales) y derechos de carácter mixto (derecho de suscripción preferente de nuevas acciones o de obligaciones convertibles o de asunción de nuevas participaciones sociales) (Vicent Chuliá).
- Según su **posibilidad de ejercicio**, pueden ser derechos individuales, ejercitados por cualquier socio sin considerar el número de acciones o participaciones que posee, y derechos de minoría, que exigen poseer una determinada cuota del capital social suscrito o desembolsado, según los casos, para ejercerlo, bien sea por uno o por varios socios.
- Según el **sometimiento a la voluntad de la mayoría**, serán derechos comunes del socio y derechos especiales.

El artículo 93 LSC se encarga, como se ha apuntado ya, de enumerar los derechos del accionista.

El primero de los derechos enunciados en la norma es el de **participar en el reparto de las ganancias sociales**. Este derecho debe entenderse tanto como derecho del socio a que si se reparten beneficios no pueda ser excluido de

dicho reparto (principio de igualdad de trato, art. 97 LSC), como derecho a una distribución anual de beneficios, a no ser que los estatutos hayan establecido otra cosa con carácter general.

No obstante, este derecho es relativo, puesto que depende de la existencia de beneficios y de que concurran determinadas circunstancias económicas, entre ellas la existencia de un cierto grado de liquidez dentro del patrimonio social, que no impidan su reparto. Es la Junta general la que tiene la facultad de acordar, a la vista de tales circunstancias, el reparto o no de beneficios, debiendo tener siempre en cuenta que el interés en su percepción es un interés social (derecho abstracto y común de los socios).

Solo cuando la junta general acuerde repartirlos, nace el derecho del socio a exigir la percepción del crédito frente a la sociedad. La junta general determinará el momento y la forma de pago. Si no lo hiciera, el dividendo será pagadero en el domicilio social al día siguiente del acuerdo. Este derecho de crédito del socio frente a la sociedad prescribirá a los cinco años contados desde el día señalado para comenzar su cobro (art. 947.3 CCo).

No obstante, actualmente el nuevo artículo 348 bis LSC introduce un elemento nuevo en el régimen del derecho de separación y también en el derecho al beneficio, cuya relatividad queda, a nuestro juicio, matizada. De hecho, el precepto mencionado permite al socio que a partir del quinto ejercicio, a contar desde la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior que sean legalmente repartibles. El precepto, que no resulta de aplicación a las sociedades cotizadas, incorpora a nuestro ordenamiento una nueva regla de protección del minoritario en las sociedades cerradas, así como un derecho de separación por justos motivos consagrado legalmente (en este sentido, *cf.* Alfaro Águila-Real). El precepto se encuentra suspendido en su aplicación hasta el próximo 31 de diciembre de 2016.

La participación en el patrimonio que resulte de la liquidación de la sociedad es otro de los derechos económicos del socio. La liquidación de la sociedad es el conjunto de operaciones destinadas a fijar definitivamente el patrimonio de la sociedad, la conversión en dinero de los activos, el cobro de los créditos y el pago de las deudas sociales y la división del haber líquido o remanente entre los accionistas.

A esta última operación es a la que se refiere el derecho del socio a la cuota resultante de la liquidación. El artículo 391 LSC se encarga de establecer que dicha operación se regirá por las normas contenidas en los estatutos o, en su defecto, por las dadas por la junta general de accionistas.

En todo caso, el segundo párrafo del artículo 391 LSC establece que deberán observarse una serie de reglas. Deberán satisfacerse todas las deudas de la sociedad o, al menos, haberse consignado su importe. Si los créditos todavía no están vencidos, deberá asegurarse previamente su pago. El remanente resultante será el que se reparta entre los socios, conforme a lo dispuesto en los estatutos y, en su defecto, en proporción al importe nominal de la participación en el capital (principio de proporcionalidad, principio capitalista). Sin embargo, dicha posición no resultaría tampoco equitativa cuando existen socios que han desembolsado íntegramente sus aportaciones y otros que todavía deben dividendos pasivos en una sociedad anónima o comanditaria por acciones. Por ello, la ley establece que en este caso se restituirá el exceso primero a los accionistas que hubieran desembolsado mayores cantidades respecto de los que hubieran desembolsado menos, y el resto se distribuirá entre todos los socios proporcionalmente al valor nominal de sus acciones (art. 392.2.º LSC).

A continuación, el artículo 93 LSC hace referencia al derecho de suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones o de obligaciones convertibles en acciones. Al **derecho de suscripción preferente de acciones de los que ya son socios de la sociedad aluden los artículos 304 y sigs. LSC**. Para el supuesto de emisión de obligaciones convertibles en acciones, el régimen para el ejercicio del derecho de suscripción preferente será el contenido en los artículos 304 a 306 LSC, por efecto de la remisión que contiene el artículo 416 LSC.

El derecho de suscripción preferente nace, por tanto, con ocasión de un aumento de capital con emisión de nuevas acciones o de obligaciones convertibles en acciones, o, en el caso de una sociedad de responsabilidad limitada, en un aumento de capital con emisión de nuevas participaciones (art. 304.1.º LSC). No habrá derecho de preferencia cuando el aumento de capital se deba a la absorción de otra sociedad o de todo o parte del patrimonio escindido de otra sociedad, o a la conversión de obligaciones en acciones (art. 304.2.º LSC), ni tampoco en el supuesto contemplado en el artículo 133.1 del TRLMV, cuando una sociedad obligada a formular una oferta pública de adquisición de acciones ofrezca como contraprestación valores a emitir por dicha sociedad.

Se trata de un derecho potestativo del socio, que puede o no ejercer, y se encuentra sometido a un plazo de caducidad. Este plazo será (art. 305 LSC):

- Para las sociedades limitadas, el que se hubiera fijado al adoptar el acuerdo de aumento, sin que pueda ser inferior a un mes.
- En las sociedades anónimas, en el plazo fijado por los administradores, sin que tampoco pueda ser inferior a un mes.
- En las sociedades anónimas cotizadas el plazo no podrá ser inferior a quince días (véase art. 503 LSC).

El plazo empezará a contar desde el momento en que se efectuó el anuncio de la oferta de suscripción de la nueva emisión o de asunción de las nuevas participaciones en el BORME, o bien, en las sociedades de responsabilidad limitada o en el caso de que todas las acciones anteriores fueran nominativas, desde el momento de la comunicación personal al socio de dicha oferta de suscripción (art. 305.3.º LSC).

El derecho de suscripción preferente puede transmitirse en las mismas condiciones que las acciones que posea el socio. En el caso de participaciones sociales de una sociedad de responsabilidad limitada, podrá transmitirse el derecho de asunción de las nuevas participaciones a favor de las personas que puedan adquirir libremente las participaciones sociales, y también a otras personas, sometiendo la transmisión al mismo sistema y condiciones previstos para la transmisión *inter vivos* de las participaciones sociales, con modificación, en su caso, de los plazos establecidos (art. 306 LSC).

Este derecho debe diferenciarse del derecho a la asignación gratuita de acciones con cargo a reservas y beneficios, que deben ser entregadas siempre a los accionistas que lo sean en el momento de nacer o emitirse las nuevas acciones. Se trata de un derecho que es también transmisible de forma autónoma, por un precio que será o tenderá a ser el valor real estimado de las nuevas acciones (art. 306.2.º LSC). En los supuestos de aumento de capital en los que dicho aumento se realiza únicamente con cargo a reservas, no se produce una suscripción de nuevas acciones, sino una asignación de estas a los antiguos accionistas de forma gratuita y en proporción al valor nominal de las acciones o de las obligaciones convertibles que posean.

Igualmente, no deben confundirse derecho de suscripción preferente de acciones u obligaciones convertibles en acciones (supuestos de aumento de capital con emisión de nuevas acciones) y derecho de adquisición preferente, reconocido en algunas ocasiones en los estatutos sociales para los supuestos de transmisión por un socio de sus acciones, como cláusula restrictiva de la transmisibilidad de las acciones en que se divide el capital social.

El artículo 307 LSC contempla un derecho de preferencia de segundo grado al establecer que salvo disposición contraria de los estatutos, las participaciones no asumidas en el ejercicio del derecho de preferencia serán ofrecidas por el órgano de administración a los socios que lo hubieren ejercitado para su asunción y desembolso durante un plazo no superior a quince días desde la conclusión del establecido para la asunción preferente. Si existieran varios socios interesados en asumir las participaciones ofrecidas, estas se adjudicarán en proporción a las que cada uno de ellos ya tuviere en la sociedad. Durante los quince días siguientes a la finalización del plazo anterior, el órgano de administración podrá adjudicar las participaciones no asumidas a personas extrañas a la sociedad (art. 307 LSC).

No obstante, el derecho de suscripción preferente puede excluirse, en interés de la sociedad, y por acuerdo de la junta general, en los supuestos y conforme a lo dispuesto en el art. 308 LSC, que lo excluye también en los supuestos de aumento de capital por conversión de obligaciones en acciones o de absorción de otra sociedad o de parte del patrimonio escindido de otra sociedad. Téngase en cuenta que habrá determinados supuestos en los que será necesario adoptar el acuerdo de exclusión del derecho de suscripción preferente, como en el supuesto de aumento de capital por emisión de nuevas acciones, donde el contravalor del aumento será la compensación de créditos que ostenta un tercero frente a la sociedad y al cual se le va a dar entrada como socio, condonando este su crédito en la cantidad concurrente al valor de las acciones que va a suscribir.

El artículo 308.2.º LSC impone una serie de requisitos para la validez del acuerdo de exclusión del derecho de preferencia:

- Que los administradores elaboren un informe en el que especifiquen el valor de las participaciones o acciones y justifiquen la propuesta de acuerdo. En las sociedades anónimas, un experto independiente nombrado por el registrador mercantil deberá elaborar otro informe, bajo su responsabilidad, sobre el valor razonable de las acciones de la sociedad, el valor teórico del derecho de preferencia y sobre la razonabilidad de los datos contenidos en el informe de los administradores.
- Que en la convocatoria de la junta se hubiera hecho constar la propuesta de supresión del derecho de preferencia, así como el tipo de creación de las nuevas participaciones o acciones, y el derecho de los socios a examinar en el domicilio social los informes anteriores.
- Que el valor nominal de las nuevas participaciones o acciones, más, en su caso, el importe de la prima, se corresponda con el valor real atribuido a las participaciones en el informe de los administradores en el caso de la sociedad limitada, o con el valor que resulte del informe del experto independiente en el caso de las sociedades anónimas.

El artículo 93 LSC continúa estableciendo que es derecho del socio **asistir y votar en las juntas generales**. En la sociedad limitada los estatutos no podrán exigir para la asistencia a la junta general la titularidad de un número mínimo de participaciones (art. 179 LSC). No obstante, en la sociedad anónima los estatutos pueden exigir la posesión de un número mínimo de acciones para poder ejercer este derecho. Sin embargo, dicho número no podrá exceder del uno por mil del capital social (art. 179.2.º LSC).

El socio, además de asistir a la junta, ostenta el derecho a participar en la toma de decisiones que conforman la voluntad social mediante el ejercicio de su **derecho de voto**, derecho político del socio por excelencia. El ejercicio de este derecho se rige igualmente por el principio de proporcionalidad entre el valor

nominal de la acción o la participación y el voto. En la sociedad de responsabilidad limitada, salvo disposición contraria de los estatutos, cada participación social concede a su titular el derecho a emitir un voto (art. 188.1.º LSC). En la anónima no será válida la creación de acciones que de forma directa alteren la proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto. En la anónima, los estatutos podrán fijar con carácter general el número máximo de votos que puede emitir un mismo accionista o sociedades pertenecientes a un mismo grupo, salvo lo previsto para las sociedades cotizadas (art. 188.2.º y 3.º LSC).

Los estatutos pueden exigir a todas las acciones, independientemente de la clase o serie a la que pertenezcan, la posesión de un número mínimo de títulos para ejercer personalmente el derecho de voto. Igualmente, puede fijarse con carácter general el número máximo de votos que puede emitir un mismo accionista o las sociedades pertenecientes a un mismo grupo, además de permitir, para ejercer el derecho de voto, la agrupación de acciones (art. 189, 1º LSC).

El derecho de voto que ostenta el socio es un derecho personal, irrenunciable e intransmisible de forma separada de la acción o participación de que es titular. El principio de libre ejercicio del voto encuentra algunos límites:

- El principio de unidad de voto, conforme al cual un socio no puede votar sí a una propuesta con parte de las acciones o participaciones y no con las otras.
- La prohibición del ejercicio del voto en caso de conflicto técnico de intereses socio-sociedad.
- La vinculación convencional del voto, los pactos de voto aislados y los sindicatos de voto.

El artículo 93 LSC continúa refiriéndose al derecho del socio a la impugnación de los acuerdos sociales. El artículo 206 LSC establece, no obstante, una legitimación activa distinta según estemos ante un acuerdo impugnabile y contrario al orden público o no. En el primer caso, están legitimados todos los socios, los administradores y cualquier tercero. En el segundo caso, están legitimados los administradores, los terceros que acrediten interés legítimo y los socios que hubieran adquirido dicha condición antes de la adopción del acuerdo, siempre que representen, individual o conjuntamente, al menos el uno por ciento del capital social. Los socios podrán, igualmente, impugnar los acuerdos del consejo de administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración, exigiéndoles igualmente la posesión del uno por ciento del capital social (art. 251.1.º LSC).

Por último, el artículo 93 LSC atribuye a los socios un derecho de información. La ley lo enuncia como uno de los derechos mínimos del socio, aunque hay que mencionar que existe también una ampliación del deber de información de los administradores, sobre todo cuando se trata de una sociedad que acude al mercado de valores.

El artículo 93 LSC se refiere al derecho de información como derecho individual del socio, que se considera inderogable y es un instrumento que permitirá al socio el ejercicio de otros derechos (pensemos, por ejemplo, en los derechos de asistencia y voto a la junta general).

El derecho de información se concreta a su vez en dos aspectos:

- La pretensión del socio de obtener determinados documentos. En primer lugar, los administradores deben hacer constar en la convocatoria de la junta general, con la debida claridad, los asuntos que han de tratarse en ella. Asimismo, debe constar en dicha convocatoria el derecho que corresponde a todos los accionistas de examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación de estatutos que haya de discutirse en la junta y el informe que sobre ella hayan realizado los administradores; del que realicen, en su caso, sobre las aportaciones no dinerarias si se trata de aumento de capital; del referente a la supresión del derecho de suscripción preferente en los casos de fusión y escisión, o en el de emisión de obligaciones convertibles; de hecho, los accionistas pueden incluso solicitar el envío gratuito de dichos documentos a su domicilio. Igualmente, el accionista podrá obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, las cuentas anuales y los documentos complementarios que han de someterse a la aprobación de la junta general, así como el informe de los auditores de cuentas (art. 272.2.º LSC). El derecho de información del socio se extiende al examen del libro registro de acciones nominativas (art. 116.3.º LSC).
- En segundo lugar, el derecho de información que el artículo 196 LSC concede a los accionistas les permite solicitar, hasta el séptimo día anterior al previsto para la celebración de la junta, las informaciones o aclaraciones que estimen precisas acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día o formular por escrito las preguntas pertinentes. La información deberá proporcionarse hasta el día de la celebración de la junta general. Durante la junta, además, los socios podrán solicitar verbalmente las informaciones o aclaraciones que consideren convenientes sobre los asuntos incluidos en el orden del día y, en caso de no ser posible satisfacer el derecho del accionista, se le proporcionará la información en el plazo de los siete días siguientes al de la terminación de la junta. Los administradores están obligados a proporcionar la información solicitada, salvo en los casos en los que a juicio del presidente se considere que la información solicitada perjudica el interés social. No obstante, no podrá negarse la información cuando su solicitud vaya apoyada por una cuarta parte del capital social, si bien los estatutos pueden fijar un porcentaje inferior, que siempre tendrá

que ser superior, no obstante, al cinco por ciento del capital social (art. 197 LSC).

- Para las sociedades de responsabilidad limitada, el artículo 196 LSC dispone que los socios podrán solicitar por escrito, con anterioridad a la reunión de la junta o verbalmente durante la misma, los informes o aclaraciones que precisen sobre los asuntos comprendidos en el orden del día. El órgano de administración está obligado a proporcionarles esta información, salvo en los casos en que estime que perjudica al interés social, sin que sea posible denegar la información si la solicitud va apoyada por socios que representan al menos el 25% del capital social.

Estas normas pretenden que los socios puedan ejercer su derecho de voto de forma «consciente y reflexiva». Téngase también en cuenta, en relación con las modificaciones estatutarias en las sociedades capitalistas, el derecho de información reforzado que recoge el artículo 287 LSC.

### **3.9.2. Acciones y participaciones ordinarias y privilegiadas**

Como ya hemos visto, no todas las acciones o participaciones han de tener el mismo valor nominal (serie), ni tampoco todas deben otorgar necesariamente a su titular idéntico conjunto de derechos (clase). Es en este segundo ámbito en el que se centra el análisis de los diversos tipos de acciones y participaciones: ordinarias y privilegiadas.

El artículo 94.3.º LSC dispone, en primer lugar, que para la creación de participaciones sociales y la emisión de acciones que confieran algún privilegio frente a las ordinarias, habrán de observarse las formalidades prescritas para la modificación de los estatutos.

La existencia de acciones o participaciones privilegiadas puede surgir en el momento fundacional, y así deberán constar en los estatutos sociales (art. 23 LSC), o bien en uno posterior, y en el caso de que no constara dicha posibilidad en los estatutos sociales, será necesario proceder a su modificación (art. 94.3.º LSC). Este acuerdo de modificación, dado que puede lesionar directa o indirectamente los derechos de una clase de acciones o participaciones, requiere, además del acuerdo correspondiente de la junta general, el acuerdo mayoritario de los socios afectados (art. 103 LSC).

El artículo 95 LSC se refiere al privilegio que consiste en el reparto de las ganancias sociales o en la percepción de un dividendo preferente. En este caso, las demás participaciones sociales o acciones no recibirán dividendos con cargo a los beneficios mientras no haya sido satisfecho el dividendo privilegiado correspondiente al ejercicio. La sociedad, salvo disposición contraria de los estatutos, estará obligada a acordar el reparto de ese dividendo si existieran beneficios distribuibles. Los estatutos deberán fijar las consecuencias de la falta de pago total o parcial del dividendo preferente, así como su carácter acu-

mulativo o no con los dividendos no satisfechos, y los eventuales derechos de los titulares de estas participaciones o acciones privilegiadas en relación a los dividendos que puedan corresponder a las demás.

El artículo 96 LSC establece limitaciones a dichos privilegios. Señala que no se podrán crear acciones o participaciones sociales con derecho a percibir un interés, cualquiera que sea la forma de su determinación, ni acciones que de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto o el derecho de suscripción preferente (el privilegio no puede consistir en otorgar un voto plural). Tampoco podrán crearse participaciones sociales que de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal y el derecho de preferencia.

Dentro del grupo de las acciones y participaciones privilegiadas, debemos hacer referencia a las acciones y participaciones sin voto, reguladas en los artículos 98 y sigs. LSC. Las sociedades de responsabilidad limitada podrán crear participaciones sociales sin derecho de voto por un importe nominal no superior a la mitad del capital y las sociedades anónimas por un importe nominal no superior a la mitad del capital social desembolsado (art. 98 LSC).

Los titulares de acciones o participaciones sin voto tendrán derecho a percibir el dividendo anual mínimo, fijo o variable, que establezcan los estatutos sociales. Una vez acordado el dividendo mínimo, sus titulares tendrán derecho al mismo dividendo que corresponda a las participaciones sociales o a las acciones ordinarias (art. 99.1.º LSC). Si existen beneficios distribuibles, la sociedad está obligada a acordar el reparto del dividendo mínimo (art. 99.2.º LSC). En caso de no existir beneficios distribuibles o de que no sean suficientes, la parte de dividendo mínimo no pagada deberá ser satisfecha dentro de los cinco ejercicios siguientes. En tanto no se satisfaga el dividendo mínimo, las participaciones y acciones sin voto tendrán este derecho en igualdad de condiciones que las ordinarias y conservando, en todo caso, sus ventajas económicas (art. 99.3.º LSC).

Por tanto, las acciones o participaciones sin voto otorgan a sus titulares una serie de privilegios:

- El derecho a percibir un dividendo mínimo, en cierto modo garantizado, además del que pudiera corresponder a las acciones o participaciones ordinarias, lo que hace muy oneroso para la sociedad emitir estas acciones o participaciones. En todo caso, la distribución del dividendo tiene como presupuesto necesario que existan suficientes beneficios distribuibles. Si existen, la junta general está obligada a acordar el reparto del dividendo mínimo. Por el contrario, si no existen, la parte del dividendo mínimo deberá ser satisfecha dentro de los ejercicios siguientes. Actualmente, parece que deberá cumplirse el primer ejercicio siguiente en el que existan beneficios distribuibles. Con ellos se atenderá primero al beneficio mínimo del año y luego a los atrasos. La ley establece una especie de protección para

los socios titulares de acciones o participaciones sin voto, al permitirles el ejercicio de este derecho en tanto en cuanto no se satisfaga el dividendo mínimo, conservando simultáneamente las ventajas económicas derivadas de este tipo de acciones o participaciones.

- El derecho a percibir el reembolso de la aportación en la liquidación de la sociedad, con preferencia a las demás acciones o participaciones (art. 101 LSC).
- El derecho a no quedar afectadas por una reducción del capital por pérdidas hasta que la reducción supere el valor nominal de las restantes acciones o participaciones sociales (art. 100 LSC). En el supuesto de que por la reducción el importe nominal de las acciones sin voto excediera de la mitad del capital social desembolsado, deberá restablecerse dicha proporción en el plazo de dos años. En caso contrario, procederá la disolución de la sociedad. Igualmente, si como consecuencia de la reducción desaparecen todas las acciones ordinarias, las acciones sin voto tendrán este derecho hasta que se restablezca la proporción prevista legalmente con las acciones ordinarias.

Al igual que ocurre con las acciones o participaciones privilegiadas, toda modificación estatutaria que lesione directa o indirectamente los derechos de las acciones o participaciones sin voto exigirá el acuerdo de la mayoría de las acciones o participaciones pertenecientes a la clase afectada (art. 103 LSC).

En sede de sociedad cotizada se analizará otro tipo de acciones privilegiadas, como son las acciones rescatables (arts. 500 y 501 LSC).

### **3.10. Las obligaciones del socio**

#### **3.10.1. La obligación de realizar el desembolso prometido a la sociedad**

La obligación principal de todo socio es la de realizar el desembolso del valor nominal de las acciones o participaciones sociales de que sea titular. En el momento fundacional, como sabemos, es necesario al menos que el capital social se halle desembolsado en una cuarta parte en el caso de la sociedad anónima. Para las sociedades de responsabilidad limitada el capital debe encontrarse íntegramente desembolsado en el momento constitutivo o del aumento de capital, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 4.2 y 4 bis LSC sobre la sociedad de responsabilidad limitada de formación sucesiva.

El régimen al que queda sometida esta obligación del socio se encuentra recogido en los artículos 81 a 85 LSC, normas a las que se ha hecho ya referencia al tratar de las aportaciones sociales y su desembolso.

Si el accionista no desembolsa todo el valor nominal de las acciones que posee en el plazo fijado por los estatutos sociales, o acordado por los administradores de la sociedad, incurrirá en mora, conforme a lo dispuesto en el artículo 82 LSC; el régimen del accionista moroso queda recogido en los artículos 83 y sigs. LSC.

En concreto, el artículo 83 LSC dispone que el accionista en mora no podrá ejercer el derecho de voto, y el importe de sus acciones se deducirá del capital social para computar el quorum de constitución de la junta general. Tampoco podrá percibir dividendos ni ejercer el derecho de preferencia, aunque estos derechos podrán ser ejercidos cuando desembolse la aportación prometida, siempre y cuando los dividendos no hubieran prescrito y el plazo para el ejercicio del derecho de preferencia no hubiera finalizado.

Las posibilidades de actuación de la sociedad ante un socio moroso son, de un lado, reclamar el cumplimiento de la obligación de desembolsar y, de otro, enajenar las acciones por cuenta y riesgo del moroso. En caso de no poderse enajenar, serán amortizadas, con la reducción consiguiente del capital social y quedando en beneficio de la sociedad la parte ya desembolsada de la aportación del socio (art. 84 LSC).

Para reforzar la correcta capitalización de la sociedad, el artículo 85 LSC dispone también que quien adquiera una acción no liberada (cuya contrapartida de valor nominal no hubiera sido totalmente desembolsada), responderá solidariamente con todos los transmitentes anteriores, y a elección de los administradores de la sociedad, de la parte no desembolsada. Esta responsabilidad dura tres años, contados desde el momento de la respectiva transmisión que la origina. El pacto contrario a la exigencia de esta responsabilidad es nulo. Por último, el precepto reconoce el derecho de repetición frente a los adquirentes posteriores del socio que pague la porción pendiente de desembolso.

### **3.10.2. Las prestaciones accesorias**

Los socios pueden comprometerse a realizar prestaciones diversas a las aportaciones de capital, que quedan reguladas en los artículos 86 a 89 LSC.

Suelen recurrir a ellas las sociedades de carácter familiar o reducido, con el fin de interesar a los trabajadores que tengan la consideración de titulares del capital por los resultados de la sociedad o bien son utilizadas en sociedades que agrupan a varios empresarios para obligar a los socios a una determinada conducta (limitar la competencia mediante obligaciones de no hacer). También sirven para la prestación de asistencia técnica, complementaria a las inversiones de capital extranjero.

Normalmente, las prestaciones accesorias consisten en la prestación de determinados servicios a la sociedad por parte de los socios, que son remunerados a través de la participación en beneficios o de otra forma.

Las prestaciones accesorias podrán estar vinculadas o no a la titularidad de acciones o participaciones concretas y determinadas, en cuyo caso, para su transmisión será necesaria, salvo disposición contraria de los estatutos, autorización de la junta general (art. 88 LSC).

### **3.11. Órganos de las sociedades de capital**

Las sociedades capitalistas han de actuar en el tráfico mediante unos instrumentos a los que la ley denomina «órganos». Como persona jurídica, los necesita para formar su voluntad y poderla manifestar al exterior y para desarrollar la actividad social.

En las sociedades de capital es necesaria la existencia de dos órganos: la junta general y el órgano de administración. Su condición de órganos necesarios supone que no puede prescindirse de ninguno de ellos, formal ni materialmente (no sería posible vaciar de contenido el conjunto de competencias de uno de los órganos en favor del otro).

Los órganos necesarios de las sociedades de capital son la junta general (arts. 159 a 208 LSC) y el órgano de administración (arts. 209 a 252 LSC), cuyo reparto de competencias queda establecido por la LSC, aspecto en el que será destacada alguna especialidad, que, si bien anteriormente se aplicaba solo a la sociedad de responsabilidad limitada, se ha hecho ahora extensiva a todas las sociedades de capital (*cf.* art. 161 LSC).

#### **3.11.1. Junta general**

##### **1) Competencia de la junta general**

En la junta general se forma la voluntad social, es el órgano deliberante. La voluntad social se expresa mediante acuerdos sobre las materias que son competencia de la junta, que se adoptan por mayoría de los socios y los vinculan a todos, incluso a los disidentes y los que no hayan participado en la reunión (art. 159 LSC).

El artículo 160 LSC dispone que es competencia de la junta general deliberar y acordar sobre los siguientes acuerdos:

- «a) La aprobación de las cuentas anuales, la aplicación del resultado y la aprobación de la gestión social.
- b) El nombramiento y separación de los administradores, de los liquidadores y, en su caso, de los auditores de cuentas, así como el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra cualquiera de ellos.
- c) La modificación de los estatutos sociales.
- d) El aumento y la reducción del capital social.
- e) La supresión o limitación del derecho de suscripción preferente y de asunción preferente.
- f) La adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. Se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado.
- g) La transformación, fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero.
- h) La disolución de la sociedad.
- i) La aprobación del balance final de liquidación.
- j) Cualesquier otro asunto que determine la ley o los estatutos».

La junta general ha recibido tradicionalmente la consideración de órgano soberano, en cuanto es jurídicamente superior y porque a ella le corresponden también las competencias más importantes, entre otras, nombrar y destituir a los administradores, que quedarán obligados por sus acuerdos, al igual que todos los socios. No obstante, esta consideración merece más de una matización, sobre todo en relación con las sociedades anónimas cotizadas.

La junta general es un órgano necesario y no permanente (los accionistas solo se reúnen esporádicamente en junta), de ahí que tradicionalmente las facultades de gestión se hayan confiado al órgano de administración. No obstante, el artículo 161 LSC concede a la junta facultades expresas en este punto, si bien en el ámbito interno. En este sentido, el precepto dispone que «salvo disposición contraria de los estatutos, la junta general de las sociedades de capital podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 234».

En efecto, del precepto citado se desprende el establecimiento de un régimen dispositivo de reparto de competencias entre los órganos sociales en las sociedades de capital que permite de forma directa la participación en la gestión de la junta general. A pesar de la atribución de la gestión y la representación al órgano de administración de forma expresa por la LSC en su artículo 209, en el artículo 161 LSC se reconoce la existencia de pequeñas sociedades más o menos cerradas, tanto anónimas como limitadas, en las que los socios, aun no siendo administradores, no desean desvincularse de determinadas decisiones sobre la gestión social. Se reconoce, pues, la posibilidad, si bien con una eficacia meramente interna (art. 234 LSC), de que la junta general participe o intervenga, como dispone la propia LSC, en la gestión social. Por otra parte,

esta intervención supone una posibilidad de control *a priori* o preventivo de la actuación de los administradores en determinadas circunstancias (conflicto puntual de interés, necesidad de controlar cautelarmente su actividad, etc.).

Como norma especial para las sociedades de responsabilidad limitada, el artículo 162 LSC permite la concesión de créditos y garantías a socios y administradores, mediante acuerdo concreto de la junta general para cada caso, pudiendo la junta general anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantías y facilitar asistencia financiera a socios y administradores. Sin embargo, no será necesario el acuerdo de la junta general para realizar los actos anteriores en favor de otra sociedad perteneciente al mismo grupo.

## 2) Clases de junta

Las juntas generales podrán ser ordinarias o extraordinarias (art. 163 LSC). La junta general ordinaria, previamente convocada al efecto, se reunirá necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio para, en su caso, aprobar la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado. Será válida aunque haya sido convocada o se celebre fuera de plazo.

Por otra parte, toda junta que no sea la prevista en el artículo anterior tendrá la consideración de junta general extraordinaria.

## 3) Funcionamiento de la junta

El *iter* del funcionamiento de la junta es el siguiente:

**a) Convocatoria de la junta** (con la forma, tiempo y contenido exigidos). La junta general deberá ser convocada por los administradores y, en su caso, por los liquidadores de la sociedad (art. 166 LSC), con una antelación mínima de un mes a la fecha de celebración de la junta en las sociedades anónimas y quince días en las sociedades de responsabilidad limitada (art. 176 LSC). Los administradores asumen el deber de convocar la junta, siempre que lo consideren necesario o conveniente para los intereses sociales, y, en todo caso, en las fechas o períodos que determinen la ley y los estatutos (art. 167 LSC).

Los socios que representen al menos el cinco por ciento del capital social podrán solicitar la convocatoria de la junta general, indicando en la solicitud los asuntos a tratar. En ese caso, los administradores deberán convocar necesariamente la junta para que se celebre dentro de los dos meses siguientes a la fecha del requerimiento notarial de convocatoria a los administradores y deberán incluir en el orden del día los asuntos solicitados por los socios (art. 168 LSC).

Si la junta general ordinaria o las juntas estatutariamente previstas no fueran convocadas dentro del plazo legal o estatutariamente establecido, cualquier socio podrá solicitar al secretario judicial o al registrador mercantil del lugar

del domicilio social, previa audiencia de los administradores, la convocatoria de la junta. Si los administradores no atienden a la solicitud de convocatoria de la minoría de socios, la convocatoria podrá realizarse por el secretario judicial o el registrador mercantil del lugar del domicilio social, previa audiencia de los administradores (art. 169 LSC).

Cualquier socio está legitimado también para solicitar la convocatoria de la junta general al secretario judicial o al registrador mercantil del lugar del domicilio social para el nombramiento de administradores cuando hubiera muerto o cesado el administrador único, todos los administradores solidarios o algunos de los mancomunados, o bien la mayoría de los miembros del consejo de administración, sin existir suplentes (art. 171.1.º LSC). Flexibilizando la convocatoria de esta junta, el art. 171.2.º LSC dispone que cualquiera de los administradores que permanezca en el ejercicio del cargo podrá convocar la junta general con ese único objeto.

En la sociedad anónima, el régimen de convocatoria de la junta general permite que los accionistas que representen al menos el 5% del capital social podrán solicitar que se publique un complemento de la convocatoria de una junta general de accionistas, incluyendo uno o más puntos en el orden del día. Este complemento deberá publicarse con quince días de antelación como mínimo a la fecha establecida para la reunión de la junta, aunque el incumplimiento de dicho plazo será causa de nulidad de la junta (art. 172 LSC).

Salvo disposición contraria de los estatutos, la junta general será convocada mediante anuncio publicado en la página web de la sociedad, cuando esta hubiera sido creada, inscrita y publicada siguiendo los términos del artículo 11 bis LSC. En caso contrario, el anuncio será publicado en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia del domicilio social.

Asimismo, los estatutos podrán establecer que la convocatoria se realice por anuncio publicado en la página web de la sociedad o por cualquier procedimiento de comunicación, individual y escrita, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en la documentación de la sociedad. En caso de socios que residan en el extranjero, los estatutos podrán prever que serán individualmente convocados solo si hubieran designado un lugar del territorio español para notificaciones (art. 173 LSC). El plazo mínimo de quince días del artículo 176 LSC se computará desde la fecha en que fue remitido el anuncio al último de ellos (art. 176.2.º LSC).

Los estatutos sociales podrán establecer, además, mecanismos adicionales de publicidad a los previstos en la ley e imponer a la sociedad la gestión telemática de un sistema de alerta a los socios de los anuncios de convocatoria insertados en la web de la sociedad (art. 173.3.º LSC).

La convocatoria ha de contener las menciones del artículo 174 LSC (nombre de la sociedad, fecha y hora de la reunión, orden del día en el que figurarán los asuntos a tratar y el cargo de la persona o personas que realicen la convocatoria).

La junta general deberá celebrarse en el término municipal donde la sociedad tenga su domicilio, salvo disposición contraria de los estatutos, entendiéndose así si la convocatoria no dice nada sobre la celebración en el domicilio social (art. 175 LSC).

En el anuncio de la convocatoria de las sociedades anónimas podrá hacerse constar, si procediera, la fecha en que la junta se celebrará en segunda convocatoria, en cuyo caso deberá mediar entre la primera y la segunda un plazo mínimo de veinticuatro horas (art. 177.1.º y 2.º). Si la junta general debidamente convocada no se celebrara en primera convocatoria, ni se hubiera previsto en el anuncio la fecha de la segunda, deberá ser anunciada, con los mismos requisitos de publicidad que la primera, dentro de los quince días siguientes a la fecha de la junta no celebrada y con diez de antelación a la fecha de la reunión (art. 177.3.º LSC).

Asimismo, el orden del día que contenga una modificación estatutaria deberá ajustarse en su composición a lo dispuesto en el artículo 287 LSC.

No obstante, es posible que se celebre una junta general sin necesidad de convocatoria; es la denominada junta universal, que queda válidamente constituida para tratar cualquier asunto, sin necesidad de previa convocatoria, siempre que esté presente o representada la totalidad del capital social y los concurrentes acepten por unanimidad la celebración de la reunión. La junta universal podrá reunirse en cualquier lugar del territorio nacional o del extranjero (art. 178 LSC).

**b) Constitución de la junta** (derecho de asistencia a la junta de todos los socios, personalmente o por representante). En la sociedad de responsabilidad limitada, todos los socios tienen derecho a asistir a la junta, y los estatutos no podrán exigir la titularidad de un número mínimo de participaciones para la asistencia a la junta general (art. 179.1.º LSC). A diferencia de lo que ocurre en la sociedad anónima, el derecho de asistencia del socio no puede verse limitado, siendo nula la cláusula estatutaria que así configure este derecho (también lo será la que pretenda configurar la asistencia a la junta como una obligación del socio, RDGRN de 30 de marzo de 1999 [RJ 2189]).

En las sociedades anónimas, si bien podrá exigirse la titularidad de un número mínimo de acciones, que nunca podrá exceder del uno por mil (art. 179.2.º LSC), se permite la agrupación de acciones para alcanzar dicho límite. Los estatutos de una sociedad anónima podrán condicionar la asistencia a la junta general a la legitimación anticipada del accionista, pero no podrán impedir el ejercicio de ese derecho a los titulares de acciones nominativas y de accio-

nes representadas mediante anotaciones en cuenta que las tengan inscritas en sus registros con cinco días de antelación a aquel en que haya de celebrarse la junta, ni a los tenedores de acciones al portador que con dicha antelación hayan efectuado el depósito de sus acciones o, en su caso, del certificado acreditativo de su depósito en una entidad autorizada en la forma prevista por los estatutos. A falta de previsión estatutaria al respecto, el depósito podrá hacerse en el domicilio social (art. 179.3.º LSC).

Sobre los administradores pesa el deber de asistir a la junta general (art. 180 LSC). Además, los estatutos podrán autorizar u ordenar la asistencia de directores, gerentes, técnicos y demás personas que tengan interés en la buena marcha de los asuntos sociales. El presidente de la junta general podrá autorizar la asistencia de cualquier persona, que, sin embargo, podrá ser revocada por la junta. Este régimen es común también para la sociedad limitada, si bien sus estatutos podrán establecer un régimen distinto (art. 181 LSC). Asimismo, el artículo 182 LSC reconoce la posibilidad de que los socios de una sociedad anónima asistan a la junta por medios telemáticos, si ello está previsto estatutariamente, estableciendo las garantías de identidad del sujeto, plazos, formas y modos de ejercicio de los derechos de los accionistas previstos por los administradores para permitir el ordenado desarrollo de la junta.

El socio podrá asistir a la junta personalmente o mediante representación. En la sociedad de responsabilidad limitada, se permite su representación por los sujetos contenidos en el artículo 183.1.º LSC (cónyuge, ascendiente, descendiente, otro socio o persona con poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio del representado en territorio nacional), personas vinculadas al área personal del socio o a las que los estatutos permitan conferir representación.

La representación en la sociedad de responsabilidad limitada se tendrá que conferir por escrito, y si no consta en documento público, será especial para cada junta (art. 183.2.º LSC). En consecuencia, cuando la representación se hubiera otorgado en documento público, abarcará todas las juntas que se celebren en tanto no se revoque. No se permite al socio disociar la representación, dado que comprenderá la totalidad de las participaciones de que sea titular (art. 183.3.º LSC).

En las sociedades anónimas, todo accionista con derecho de asistencia podrá hacerse representar en la junta por medio de otra persona, aunque no sea accionista, si bien los estatutos podrán limitar dicha facultad (art. 184.1.º LSC). La representación se conferirá por escrito o por medios de comunicación a distancia que cumplan con los requisitos establecidos en esta ley para el ejercicio del derecho de voto a distancia, y con carácter especial para cada junta (art. 184.2.º LSC).

La representación es revocable y la asistencia personal del representado se entenderá como revocación (art. 185 LSC).

El artículo 186 LSC regula, asimismo, el supuesto de solicitud pública de representación en las sociedades anónimas. En estas, cuando los propios administradores, las entidades depositarias de los títulos o las encargadas del registro de anotaciones en cuenta soliciten la representación para sí o para otro, y, en general, siempre que la solicitud se formule de forma pública, el documento en que conste el poder deberá contener o llevar anejo el orden del día, así como la solicitud de instrucciones para el ejercicio del derecho de voto y la indicación del sentido en el que votará el representante en caso de que no se impartan instrucciones precisas. El representante podrá votar en sentido distinto cuando se presenten circunstancias ignoradas en el momento del envío de las instrucciones, corriendo así el riesgo de perjudicar los intereses del representado. En caso de voto emitido en sentido distinto a las instrucciones, el representante deberá informar inmediatamente al representado por medio de escrito explicando las razones del voto (art. 186.2.º LSC).

Se entenderá, en todo caso, que ha habido solicitud pública de representación cuando una misma persona ostente la representación de más de tres accionistas (art. 186.3.º LSC).

La junta general de la sociedad anónima se rige por lo dispuesto en los artículos 193 y 194 LSC en orden a su constitución, de modo que según el primero de estos preceptos, el quorum necesario será del 25% del capital suscrito con derecho de voto (presente o representado) en primera convocatoria, y en segunda se constituirá válidamente cualquiera que sea el porcentaje de capital que concurra (con el límite de que deberá ser necesariamente inferior al establecido para la primera), salvo disposición de los estatutos que eleve estos mínimos. El artículo 194 LSC establece los supuestos especiales de constitución (aumento o reducción de capital y cualquier otra modificación estatutaria, emisión de obligaciones, supresión o limitación del derecho de adquisición preferente, transformación, fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo y el traslado del domicilio social al extranjero), de modo que en estos supuestos los porcentajes pasarán a ser del 50% en primera convocatoria y del 25% en segunda, y se exigirá, en el caso de que se constituyera la junta con un porcentaje inferior al 50% en segunda convocatoria, que voten a favor del acuerdo socios que representen al menos las dos terceras partes del capital presente o representado en la junta, como dispone el artículo 201.2.º LSC (se trata igualmente de mínimos de quorum que los estatutos podrán elevar, pero sin llegar nunca a la unanimidad, dado que el principio de mayoría es uno de los esenciales que rigen el funcionamiento de la sociedad anónima).

c) **Constitución de la mesa de la junta.** En este momento se nombrará al presidente y al secretario conforme a lo dispuesto en el artículo 191 LSC. Y seguidamente se procederá a la elaboración de la lista de asistentes (art. 192 LSC).

Las juntas generales se celebrarán el día señalado en la convocatoria, pero podrán prorrogarse sus sesiones durante uno o más días consecutivos. Esta prórroga se podrá acordar a propuesta de los administradores o de socios que representen la cuarta parte del capital presente en la junta. Independientemente de las sesiones que se celebren, la junta general se considerará única, levantándose una sola acta para todas las sesiones (art. 195 LSC).

d) **Discusión de los temas incluidos en el orden del día.** En este punto conviene incidir en la regulación que del derecho de información del socio contienen los artículos 196 LSC, para la sociedad de responsabilidad limitada, y el artículo 197 LSC, para la sociedad anónima, preceptos ambos a los que se ha hecho ya referencia al tratar del estatuto jurídico del socio en las sociedades capitalistas.

e) **Ejercicio del derecho de voto para adoptar los acuerdos sociales** (adoptados por la mayoría de los votos). El régimen es distinto para las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada.

En la sociedad de responsabilidad limitada, los acuerdos sociales se adoptarán por mayoría de los votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social, sin que se computen los votos en blanco (art. 198 LSC). Si se trata de acordar un aumento de capital y cualquier otra modificación estatutaria, estos acuerdos requerirán el voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social, mientras que si se trata de la autorización a los administradores para que se dediquen, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad del objeto social; de la supresión o limitación del derecho de preferencia en los aumentos de capital; de la transformación, fusión, escisión, cesión global de activo y pasivo y traslado de domicilio al extranjero, así como de la exclusión de los socios, se requerirá el voto de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social (art. 199 LSC).

En las sociedades limitadas, los estatutos podrán elevar estas mayorías, estableciendo mayorías estatutariamente reforzadas, pero sin llegar nunca a la unanimidad; los estatutos también podrán exigir, además de la proporción de votos legal o estatutariamente determinada, el voto favorable de un determinado número de socios (art. 200 LSC).

En las sociedades anónimas, los acuerdos sociales se adoptarán por mayoría simple de los votos de los accionistas presentes o representados, si bien para la adopción de los acuerdos del artículo 194 LSC (aumento o reducción de capital y cualquier otra modificación estatutaria, emisión de obligaciones, supresión o limitación del derecho de adquisición preferente, transformación, fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo, y el traslado del domicilio social al extranjero) será necesario el voto de dos tercios del capital presente o representado en la junta cuando en segunda convocatoria no se llega al quorum del 50% del capital social suscrito con derecho de voto, superando el del 25%. No obstante, si en los supuestos contemplados en el artículo 194 LSC, el capital presente o representado supera el 50%, bastará que el acuerdo se adopte por mayoría absoluta. En todo caso, los estatutos sociales podrán elevar las mayorías previstas en los apartados anteriores, naturalmente sin llegar a la unanimidad, aunque la LSC olvida esta limitación en el artículo 201 LSC, a diferencia del tenor del artículo 200.1.º LSC.

El acta de la junta se aprobará a continuación de su celebración o en el plazo de quince días por el presidente y dos interventores, uno en representación de la mayoría y otro de la minoría (art. 202 LSC); igualmente, el artículo 203 LSC prevé la posibilidad de que el acta sea notarial. El acta deberá contener todos los acuerdos de la junta, que podrán ejecutarse a partir de la fecha de la aprobación del acta en la que consten (art. 202.3.º LSC).

#### **4) Impugnación de los acuerdos de la junta**

Con posterioridad, cuando concurra alguna causa que lo permita, será posible la impugnación de dichos acuerdos, de forma que se establece la posibilidad de impugnar aquellos acuerdos que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros (art. 204.1.º LSC). La lesión del interés social se produce igualmente por una imposición abusiva de un determinado acuerdo por la mayoría, aun cuando este no cause daño al patrimonio social. Se entiende que se impone de forma abusiva cuando, sin obedecer a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios.

No podrá impugnarse un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro antes de la interposición de la demanda de impugnación. Si esta se hubiera ya interpuesto, el juez dictará auto de terminación del procedimiento por desaparición sobrevenida del objeto (art. 204.2.º LSC), sin perjuicio de poder reclamar los daños y perjuicios producidos durante el período en que estuvo en vigor el acuerdo.

En la actualidad, la LSC no contiene ya la distinción entre acuerdos nulos y anulables, refiriéndose únicamente a la categoría de acuerdos impugnables por contrarios al orden público como grupo especial de acuerdos con especiales

reglas en cuanto a su legitimación y caducidad. Novedad igualmente de la reforma legal es la de establecer determinados supuestos en los que no procederá basar la impugnación del acuerdo:

- Infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la ley, los estatutos o los reglamentos de la junta y del consejo, para la convocatoria o la constitución del órgano o para la adopción del acuerdo, salvo que se trate de una infracción relativa a la forma y plazo previo de la convocatoria, a las reglas esenciales de constitución del órgano o a las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos, así como a cualquier otra relevante.
- La incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio de información con anterioridad a la junta, salvo que la información incorrecta o no facilitada hubiera sido esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación.
- La participación en la reunión de personas no legitimadas, salvo que dicha participación hubiera sido determinante para la constitución del órgano.
- La invalidez de uno o varios votos o el cómputo erróneo de los emitidos, salvo que el voto inválido o el error de cómputo hubieran sido determinantes para la consecución de la mayoría exigible.

Se trata, en definitiva, de evitar supuestos de interposición abusiva de demandas de impugnación o, en su caso, de evitar que por defectos formales o que no tienen repercusión en la adopción de los acuerdos, se proceda a la impugnación de estos. En este sentido, el artículo 206.5 LSC dispone también que no podrá alegar defectos de forma en el proceso de adopción del acuerdo quien habiendo tenido ocasión de denunciarlos en el momento oportuno, no lo hubiera hecho.

El plazo de caducidad de la acción respecto de los acuerdos impugnables se unifica en un año, computado desde la fecha de adopción del acuerdo y, si se hubiesen inscrito, desde la fecha de oponibilidad de la inscripción (art. 205 LSC). Por el contrario, los acuerdos impugnables contrarios al orden público no caducan ni prescriben, como señala el artículo 205.1.º LSC.

Podrán impugnar los acuerdos los socios que hubieran adquirido esta condición antes de su adopción y posean al menos, individual o conjuntamente, un 1% del capital social, los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo (art. 206.1.º LSC). El porcentaje exigido al socio podrá ser reducido estatutariamente. El socio que no alcance el límite legal o estatutario, para poder impugnar, tendrá derecho al resarcimiento de los daños derivados del acuerdo impugnado.

Los acuerdos contrarios al orden público podrán ser impugnados por todos los socios, administradores y terceros (art. 206.2.º LSC).

La sociedad será legitimada pasivamente, por lo que si se tratara de impugnación por parte de un administrador único, por ejemplo, el juez deberá nombrar a una persona que represente en esta acción a la sociedad (art. 206.3.º LSC). Los socios que hubieran votado a favor del acuerdo podrán intervenir a su costa en el proceso para mantener su validez (art. 206.4.º LSC).

El procedimiento a seguir será el juicio ordinario (art. 207.1.º LSC). Si fuera posible eliminar la causa de impugnación, el juez, a solicitud de la sociedad demandada, otorgará un plazo razonable para que sea subsanada (art. 207.2 LSC).

La sentencia firme que declare la nulidad de un acuerdo inscribible deberá inscribirse en el RM, publicando a continuación un extracto en el BORME. En caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito ya en el RM, la sentencia determinará la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos registrales contradictorios (art. 208 LSC).

### **3.11.2. El órgano de administración en las sociedades capitalistas**

Las sociedades capitalistas requieren un órgano permanente de gestión y representación; por tanto, estamos ante un órgano necesario. El órgano de administración se encuentra subordinado a la junta, al menos en el sentido de estar sometido a su control y de que sus miembros son en principio nombrados y destituidos por ella. El sistema de administración contemplado por nuestro legislador es el monista, regulándose el sistema dual solo para las sociedades anónimas europeas (SAE) domiciliadas en España que opten por este sistema.

#### **a) Competencia del órgano de administración**

La LSC parte de la atribución de competencia a los administradores sobre la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en la ley (art. 209 LSC). Es la primera vez que nuestro legislador societario atribuye de forma expresa la gestión como competencia de los administradores, si bien ello se venía deduciendo claramente del tenor de otras normas.

Entre las facultades de los administradores se pueden distinguir las siguientes:

- Facultades de gestión. La ley solo se ocupa de funciones concretas, como, por ejemplo, la formulación de las cuentas anuales. A los administradores les corresponden, en general, las facultades de dirección y control necesarias para el buen funcionamiento de la sociedad. Es habitual que los estatutos incorporen una enumeración de facultades de los administradores,

pero no es necesario que lo hagan. Además, esta lista de facultades no es inscribible en el Registro Mercantil (art. 124.4 RRM).

- **Facultades de representación.** También corresponden a los administradores las facultades derivadas de la representación de la sociedad en la forma determinada en los estatutos sociales. Para conocer a quienes se atribuye la titularidad del poder de representación, se deberá atender a la estructura escogida para el órgano de administración (arts. 124 y 185 RRM).

Respecto al ámbito del poder de representación, tiene un contenido mínimo, rígido e inderogable, puesto que se extenderá a todos los actos que se comprendan dentro del objeto social delimitado en los estatutos. Si estos lo reducen, las limitaciones no afectarán a terceros de buena fe (art. 234.1.º LSC). Por otra parte, la sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el RM que el acto no está comprendido en el objeto social (art. 234.2.º LSC).

En este punto conviene incidir en un aspecto importante: el reconocimiento a la junta general de las sociedades de capital de una facultad de intervenir en la gestión social (art. 161 LSC), de modo que ello supondrá una limitación interna de la competencia de los administradores sociales sobre la gestión, lo que, como veremos, puede plantear algún tipo de problemas en relación con la exigencia de responsabilidad a los administradores por estos actos acordados por la junta, en relación con la disposición contenida en el artículo 236.2.º LSC.

## **b) Modalidades del órgano de administración**

La administración de la sociedad se podrá confiar a un administrador único, a varios administradores que actúen de forma solidaria o de forma conjunta o a un consejo de administración, aunque con la matización de que en la sociedad anónima, cuando la administración conjunta se confíe a más de dos administradores, constituirán consejo de administración (art. 210.1.º y 2.º LSC).

La única peculiaridad reseñable en relación con las sociedades de responsabilidad limitada en cuanto al ejercicio del poder de representación por los administradores hace referencia al supuesto de varios administradores mancomunados (más de dos, supuesto que no puede darse en las sociedades anónimas porque se establece por ley que el sistema de administración en este caso es el de consejo de administración), en cuyo caso al menos dos deberán actuar conjuntamente, en la forma que los estatutos determinen (RDGRN de 27 de agosto de 1998 [R] 6589/1998).

En la sociedad de responsabilidad limitada, los estatutos sociales podrán establecer distintos modos de organizar la administración, atribuyendo a la junta de socios la facultad de optar por cualquiera de ellos alternativamente sin necesidad de proceder a una modificación estatutaria. Se trata de la denominada

cláusula de órgano alternativo, que no se encuentra, sin embargo, prevista en la sociedad anónima y que exige, en todo caso, la consignación en escritura pública y ulterior inscripción en el RM (art. 210.3.º y 4.º LSC).

Cuando los estatutos solo establezcan el mínimo y el máximo de administradores, corresponderá a la junta general la determinación del número de administradores, sin más límites que los impuestos por la ley (art. 211 LSC).

### **c) Nombramiento y cese, plazo de duración del cargo**

Los administradores de las sociedades de capital pueden ser personas físicas o jurídicas. En el supuesto de administradores personas jurídicas, el artículo 212 bis LSC dispone que dicha persona jurídica deberá designar a una persona natural para ejercer de forma permanente las funciones propias del cargo, designación que será objeto de inscripción en el RM (art. 215 LSC). La revocación de su representante por la persona jurídica administradora no producirá efecto en tanto no sea designado quien le haya de sustituir (art. 212 bis.2 LSC).

Para ser administrador no se requiere ser socio, salvo disposición contraria de los estatutos sociales (art. 212 LSC). El artículo 213 LSC establece una serie de prohibiciones e incompatibilidades para ejercitar el cargo de administrador, que deberán completarse con las establecidas, en su caso, en la legislación especial que resulte de aplicación.

La competencia para el nombramiento de los administradores corresponde a la junta general, con las únicas excepciones permitidas legalmente (art. 214 LSC) (por ejemplo, en la sociedad anónima, el sistema proporcional y la cooptación como mecanismos de nombramiento de consejeros). Su nombramiento surtirá efectos desde el momento de la aceptación del administrador nombrado (art. 214.3.º LSC).

Una vez aceptado el nombramiento, el acuerdo deberá presentarse a inscripción en el RM dentro de los diez días siguientes a la fecha de la aceptación (art. 215 LSC), haciendo constar la identidad de los nombrados y si ostentan la representación de la sociedad o si la tienen atribuida solidaria o conjuntamente (*cf.* arts. 124 y 185 RRM).

Se podrán nombrar asimismo administradores suplentes para el caso de que cesen por cualquier causa uno o varios de ellos. El nombramiento y aceptación de los suplentes se inscribirá también en el RM, una vez cesado el anterior titular. El suplente ejercerá su cargo por el tiempo que le restara al administrador al cual sustituye (art. 216 LSC).

Los administradores de la sociedad anónima desempeñarán su cargo por un período máximo de seis años; los administradores de las sociedades de responsabilidad limitada lo ejercerán por plazo indefinido, salvo que los estatutos establezcan un plazo determinado, pudiendo ser reelegidos en ambas sociedades por períodos de igual duración (art. 221 LSC).

Su nombramiento caducará cuando, vencido el plazo, se haya celebrado junta general o haya transcurrido el plazo para la celebración de la junta que ha de resolver sobre la aprobación de las cuentas del ejercicio anterior (art. 222 LSC).

Podrán ser separados del cargo en cualquier momento por acuerdo de la junta general, aun cuando la separación no conste en el orden del día de la reunión (art. 223.1.º LSC). En las sociedades limitadas, los estatutos podrán exigir, para la adopción del acuerdo, una mayoría reforzada que no podrá exceder los dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social (art. 223.2.º LSC).

En las sociedades anónimas, los administradores que estuvieran incurso en cualquiera de las prohibiciones legales deberán ser destituidos de forma inmediata, a solicitud de cualquier accionista, sin perjuicio de la responsabilidad derivada de su actuación desleal (art. 224 LSC). Los administradores y las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad cesarán en su cargo a solicitud de cualquier socio por acuerdo de la junta general (art. 224.2.º LSC).

#### **d) La retribución de los administradores**

El cargo de administrador se entiende gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario fijando un sistema de remuneración (art. 217 LSC). El sistema de remuneración que se establezca determinará el concepto o conceptos retributivos a percibir por los administradores en su condición de tales, que podrán ser los mencionados en el artículo 217.2.º LSC.

La ley se ocupa de establecer límites generales a la retribución en la norma, de modo que el importe máximo de su remuneración anual en conjunto y en su condición de administradores deberá ser aprobado por la junta general, manteniéndose vigente en tanto no sea modificado por esta. La distribución de la retribución entre ellos se efectuará por acuerdo de los mismos, y si se trata de consejo de administración, por decisión de este órgano, que valorará las funciones y responsabilidades atribuidas a cada uno (art. 217.3 LSC).

La remuneración de los administradores deberá también guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de las empresas comparables. Y en todo caso, el sistema de retribución deberá estar orientado a

promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad e incorporar las cautelas necesaria para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables (art. 217.4 LSC).

Con carácter especial, para la retribución mediante participación en beneficios, el artículo 218.1 LSC dispone que los estatutos concretarán cuál sea la participación o porcentaje máximo, y en este último caso, la junta general determinará el porcentaje aplicable dentro del máximo establecido en los estatutos sociales. En todo caso, el porcentaje máximo establecido no podrá exceder del 10% de los beneficios repartibles entre los socios (art. 218.2.º LSC). En la sociedad anónima, solo podrá ser detraída de los beneficios líquidos y después de estar cubiertas las atenciones de la reserva legal y de la estatutaria, y de haberse reconocido a los accionistas un dividendo del 4% o el tipo más alto que los estatutos hubieran establecido (art. 218.3.º LSC).

Cuando la remuneración en la sociedad anónima consista en la entrega de acciones o de derechos de opción sobre ellas o que esté referenciada al valor de las acciones, deberá preverse en los estatutos de forma expresa y su aplicación requerirá acuerdo de la junta general (art. 219.1.º LSC).

En la sociedad de responsabilidad limitada, el establecimiento o la modificación de cualquier clase de relaciones de prestación de servicios o de obra entre la sociedad y uno o varios de sus administradores requerirá asimismo acuerdo de la junta general (art. 220 LSC).

#### **e) Los deberes de los administradores**

El artículo 225 LSC dispone que los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos. Deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y control de la sociedad. Tienen el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad toda la información necesaria para el cumplimiento de sus obligaciones.

A continuación, la LSC concreta el deber de diligencia en relación con las decisiones sobre gestión, ámbito de aplicación de la *business judgement rule*, protegiendo la discrecionalidad empresarial. En este sentido, el artículo 226 LSC dispone que en el ámbito de las decisiones gestoras sujetas a esta regla, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de la decisión, con información suficiente y de acuerdo con un procedimiento de decisión adecuado.

Asimismo, se impone a los administradores un deber de lealtad (art. 227 LSC), debiendo desempeñar su cargo como un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad. La infracción de este deber comportará

para el administrador no solo la obligación de indemnizar el daño al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador (art. 227.2 LSC).

El deber de lealtad aparece en la reforma como una concreción del deber de fidelidad, tratando los conflictos de intereses que pueden surgir entre la sociedad y los administradores o personas vinculadas con ellos. La disciplina del deber de lealtad se compone de normas prohibitivas y de deberes informativos para los administradores. Además de un deber general de abstención sobre cualquier situación de conflicto de intereses, los administradores no podrán aprovecharse de esta condición para realizar actuaciones por cuenta propia, y no podrán tampoco aprovechar para ellos oportunidades de negocio planteadas a la sociedad y que hubieran conocido por razón de su cargo.

Estas prohibiciones afectan también a las personas vinculadas con los administradores.

El deber de lealtad comporta ciertas obligaciones para los administradores, que, con carácter ejemplificativo y general son destacadas en el art. 228 LSC: no ejercitar sus facultades con fines distintos de aquellos para los que hayan sido concedidas; deberá guardar secreto sobre datos e informaciones que conozca por el ejercicio de su cargo, y ello aun cuando hubiera ya cesado, salvo cuando la ley se lo permita o requiera; se abstendrá de participar en la discusión y votación de acuerdos o decisiones en las que él o persona a él vinculada tenga un conflicto de intereses, sea este directo o indirecto; desempeñará sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio y juicio y con independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros; deberá asimismo adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad (art. 228 LSC). Estas últimas conductas son desarrolladas en el artículo 229 LSC, que dispone, por ejemplo, que los administradores sociales no podrán usar el nombre de la sociedad, invocar la condición de administrador para realizar operaciones por cuenta propia o de personas a ellos vinculadas (véase art. 231 LSC), ni podrán aprovechar en su beneficio o de personas a él vinculadas oportunidades de negocio, o realizar transacciones con la sociedad, salvo que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia. El administrador tampoco podrá desarrollar actividades competenciales con la de la sociedad o que le sitúen en posición permanente de conflicto con la actividad de la sociedad.

Los administradores deberán comunicar a los demás administradores y al consejo de administración o, si se trata de un administrador único, a la junta general, cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que ellos o perso-

nas vinculadas a ellos pudieran tener con el interés de la sociedad. Estas situaciones de conflicto deberán reflejarse en la memoria integrante de las cuentas anuales de la sociedad (art. 229.3 LSC).

El régimen del deber de lealtad y de la responsabilidad derivada de su infracción es imperativo, pero estas prohibiciones pueden ser dispensadas por el órgano de administración, salvo disposición estatutaria de reserva de dicha competencia a la junta, siempre que quede garantizada la independencia respecto del administrador al que afecta la dispensa. La junta general deberá adoptar necesariamente el acuerdo cuando se trate de dispensar la prohibición de obtener una ventaja o remuneración de terceros, o afecte a una transacción cuyo valor sea superior al 10% de los activos sociales. También deberá ser la junta general la que decida sobre la dispensa de la prohibición de competencia, acuerdo que deberá adoptarse de forma expresa y separada, y únicamente cuando no quepa esperar del mismo daño para la sociedad, o el que quepa esperar se vea compensado por los beneficios. No obstante, cualquier socio podrá solicitar a la junta general que resuelva sobre el cese del administrador que compita con la sociedad cuando el riesgo de perjuicio para esta devenga relevante (art. 230 LSC).

Por último, el artículo 232 LSC dispone expresamente que la exigencia de responsabilidad a los administradores, conforme a lo previsto en los artículos 236 y sigs. LSC, no impedirá el ejercicio de las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores violando su deber de lealtad.

#### **f) La responsabilidad de los administradores**

Cuando los administradores no actúan cumpliendo con la diligencia que les es exigible, incurren en responsabilidad, siempre y cuando su actuación esté vinculada causalmente con la producción del daño (que deberá existir: sin daño no hay responsabilidad). Los artículos 236 y sigs. LSC se ocupan del estricto régimen de responsabilidad por culpa de los administradores de las sociedades de capital.

En este sentido, el artículo 236.1 LSC dispone que los administradores responderán frente a la sociedad, los socios y los acreedores sociales «del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando hubiera intervenido dolo o culpa». Sin embargo, se presume, salvo prueba en contrario, la culpabilidad en los casos de actos contrarios a la ley o a los estatutos.

La Ley de transparencia incorporó a las normas legales un aspecto de extraordinaria importancia como es la mención del administrador de hecho, para el que establece por ley la misma responsabilidad que para los administradores de derecho. Además, la reforma de la LSA por efecto de la Ley 19/2005 concre-

tó una más de las posibles manifestaciones del administrador de hecho, como es el administrador que continúa ejerciendo sus funciones habiendo caducado su cargo. Así, el artículo 236.3.º LSC dispone que tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad.

Cuando no exista consejero delegado o comisión ejecutiva en el consejo de administración, todas las disposiciones sobre deberes y facultades de los administradores se aplicarán a quien tuviera las facultades de más alta dirección (art. 236.4 LSC). Cuando se trate de persona jurídica administradora, la persona física que la represente asumirá igualmente los mismos deberes que la persona jurídica, respondiendo solidariamente con esta (art. 236.5 LSC).

Los supuestos básicos de responsabilidad de los administradores, dejando a un lado la norma del artículo 367 LSC, que se tratará en sede de disolución, suponen un incumplimiento de las leyes, de los estatutos o de sus deberes en el ejercicio del cargo (art. 236.1.º LSC). La responsabilidad asumida por los administradores que participaron en la adopción del acuerdo lesivo será solidaria (art. 237 LSC). Podrán, no obstante, exonerarse de responsabilidad si prueban que no participaron en el acuerdo y desconocían su existencia o que, conociéndola, hicieron lo posible para evitar el daño (principalmente impugnar el acuerdo lesivo) o, al menos, se opusieron expresamente a él (art. 237 LSC).

No exonerará de responsabilidad a los administradores el hecho de que el acuerdo fuera adoptado, autorizado o ratificado por la junta general (art. 236.2.º LSC). En efecto, esta norma, prevista para que los administradores de las sociedades de capital no logren quedar exonerados de responsabilidad simplemente convocando a la junta para ratificar sus decisiones, plantea problemas de adaptación al sistema orgánico de las sociedades de capital por la intervención de la junta general en la gestión (véase el art. 161 LSC). Se plantea aquí el problema de si los administradores tienen el deber de inexecutar los acuerdos de la junta que sean contrarios a la ley o a los estatutos, o, al menos, el de impugnarlos cuando existiera presupuesto para ello, para poder quedar exonerados de responsabilidad. Debe concluirse, en todo caso, que los administradores no deben ser considerados como meros ejecutores de la voluntad de la junta a estos efectos.

La responsabilidad de los administradores puede reclamarse a través del ejercicio de dos tipos de acciones, que cuentan con un plazo de prescripción de cuatro años (art. 241 bis LSC):

«1) La acción social de responsabilidad, que supone la lesión directa del patrimonio social (art. 238 LSC).

2) Las acciones individuales de accionistas y terceros cuando los actos de los administradores lesionen directamente sus intereses (art. 241 LSC)».

La sociedad está legitimada activamente para ejercitar la acción social mediante acuerdo de su junta general (no es necesario que conste en el orden del día). Y se adoptará por la mayoría prevista en los artículos 198 LSC para la sociedad limitada y 201 LSC para la anónima, sin que los estatutos puedan modificarla. La junta podrá, no obstante, transigir o renunciar al ejercicio de la acción, pero no cuando se opongan a ello socios que representen el cinco por ciento del capital social (art. 238.2.º LSC).

El hecho de promover la acción de responsabilidad supondrá la remoción automática del administrador afectado (art. 238.3.º LSC). De igual modo, la aprobación de las cuentas no impedirá el ejercicio de la acción de responsabilidad, ni supondrá la renuncia a la acción acordada o ejercitada (art. 238.4.º LSC).

Asimismo, se reconoce a los socios que como mínimo posean el 5% del capital social (derecho de minoría igualmente) la posibilidad de solicitar la convocatoria de la junta general para que decida sobre el ejercicio de la acción cuando los administradores no convocaran la junta solicitada, cuando la sociedad no entablara la acción en el plazo de un mes desde el acuerdo, o cuando este hubiera sido contrario a la exigencia de responsabilidad (art. 239 LSC). No obstante, estos socios podrán ejercitar directamente la acción cuando se fundamente en la infracción del deber de lealtad, sin necesidad de someter la decisión a la junta general (art. 239.1.II LSC).

Subsidiariamente, los acreedores podrán interponer la acción cuando no se hubiere procedido de este modo por la sociedad ni por la minoría de socios, pero para ello debe cumplirse una condición ulterior: que el patrimonio social debe resultar insuficiente para la satisfacción de sus créditos (art. 240 LSC).

### **3.11.3. El consejo de administración**

El consejo de administración es la forma más común de organizar la administración social en las grandes sociedades capitalistas, fundamentalmente en las sociedades anónimas, de ahí que, entre otras razones, solo la LSA contuviera una regulación extensa sobre esta modalidad de órgano de administración. De hecho, la ley prevé expresamente que cuando en una sociedad anónima se conceda el poder de representación conjuntamente a más de dos administradores, nos encontraremos ante la forma de consejo de administración (art. 210.2.º LSC), que goza de una regulación específica.

En este sentido, merecen ser destacados los siguientes aspectos de la regulación del consejo:

- Número de consejeros: con carácter general se establece un mínimo de tres miembros, aunque serán los estatutos los que fijen su número o bien el mínimo y el máximo, y en este caso corresponderá a la junta de socios la determinación del número concreto de sus componentes. Si se trata de una sociedad limitada, el número máximo de miembros del consejo será doce (art. 242 LSC).
- En el régimen del consejo de administración de la sociedad anónima, la LSC contempla dos excepciones al nombramiento de los administradores por la junta general: el sistema proporcional y el nombramiento de consejeros por cooptación. El primero supone que podrán agruparse voluntariamente acciones hasta constituir una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de componentes del consejo, quienes tendrán derecho a designar los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción. Si se hace uso de esta facultad, las acciones agrupadas ya no podrán participar en el nombramiento de los restantes miembros del consejo (art. 243 LSC). Por su parte, el sistema de cooptación supone que si durante el plazo para el que fueron nombrados los administradores se produjesen vacantes sin que existieran suplentes, el consejo podrá designar entre los accionistas a las personas que deberán ocuparlas hasta que se reúna la primera junta general (art. 244 LSC).
- Se establece una ulterior diferencia en cuanto a la organización y funcionamiento del consejo en la sociedad limitada y en la anónima. En la primera, los estatutos establecerán el régimen de organización y funcionamiento del consejo de administración, mientras que en la anónima, si los estatutos no disponen otra cosa, el consejo de administrador podrá designar a su presidente, regular su propio funcionamiento y aceptar la dimisión de los consejeros, es decir, se le otorga a este órgano la facultad de autoorganización (art. 245 LSC).
- El consejo será convocado por el presidente o quien haga sus veces. En la sociedad limitada, este quedará válidamente constituido cuando concurren, entre presentes o representados, el número de consejeros previsto en los estatutos, siempre que como mínimo alcancen la mayoría de los vocales (art. 247.1.º LSC), y en la sociedad anónima, cuando, entre presentes o representados, concurren a la reunión la mayoría de los vocales (art. 247.2 LSC). Los administradores que constituyan al menos un tercio de los miembros del consejo podrán convocarlo, indicando el orden del día para su celebración en la localidad donde radique el domicilio social, si, previa petición al presidente, este no hubiera hecho la convocatoria sin causa justificada en el plazo de un mes (art. 246.2 LSC). Los acuerdos se adoptarán por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión. En la sociedad anónima la votación por escrito y sin sesión solo será admitida si ningún consejero se opone a este procedimiento (art. 248.2º LSC). Los acuerdos y deliberaciones del consejo se reflejarán en el libro de actas, que

deberá ser firmado por el presidente y el secretario (art. 250 LSC), quien además ostenta la facultad de certificar, con el visto bueno del presidente (*cf.* art. 109.1.a RRM).

- El consejo de administración puede delegar sus facultades, salvo disposición contraria de los estatutos, en una comisión ejecutiva o consejero delegado, sin perjuicio de los apoderamientos que pudiera otorgar a favor de cualquier persona (art. 249.1.º LSC). No son delegables la rendición de cuentas de la gestión social y la presentación de balances a la junta general, ni tampoco las facultades que esta confiera al consejo, salvo expresa autorización por este órgano (véanse facultades indelegables en el art. 249 bis LSC). Si la delegación tiene carácter permanente, requerirá el voto favorable de las dos terceras partes de los componentes del consejo y no producirá efecto alguno hasta su inscripción en el RM (art. 249.2.º LSC). En la actualidad, el artículo 249.3 y 4 LSC contempla la obligación de que en el caso de que un consejero sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan por otro título facultades ejecutivas, deberá firmarse un contrato entre él y la sociedad, que deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros. A dicha reunión y votación no podrá asistir el afectado y el contrato deberá recoger todos los conceptos retributivos, debiendo ajustarse en todo caso a la política de retribuciones aprobada por la junta general.
- Los administradores podrán impugnar los acuerdos del consejo de administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración en el plazo de treinta días desde su adopción. También los socios que representen el 1% del capital social podrán impugnar estos acuerdos en el plazo de treinta días desde que tuvieron conocimiento de los mismos, aunque existe un plazo de caducidad para el ejercicio de dicha acción, que es de un año desde su adopción. La impugnación se seguirá por los mismos trámites que la impugnación de acuerdos de la junta general, estableciéndose únicamente la especialidad de que la impugnación procederá también cuando el acuerdo infrinja el reglamento del consejo de administración (art. 251 LSC).

### **3.12. Las cuentas anuales**

El régimen de la contabilidad de las sociedades de capital se contiene actualmente en el título VII de la LSC (arts. 253 y sigs.), que comprende, junto a normas generales, reglas específicas para cada tipo social capitalista.

La obligación de presentar las cuentas anuales tiene gran relevancia, tanto para los socios en cuanto al funcionamiento interno de la sociedad como para los terceros (trabajadores y acreedores de la sociedad), hasta que punto de ser

considerada una de las obligaciones fundamentales derivadas del deber de llevanza de una contabilidad ordenada impuesto por el CCo (arts. 25 y sigs. CCo) a todo empresario mercantil.

### **3.12.1. Los documentos contables. Presentación de balances o cuentas de pérdidas o ganancias abreviados**

El artículo 254 LSC señala que las cuentas anuales están compuestas por el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la memoria. Estos documentos, que forman una unidad, deben estar redactados con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, de conformidad con la LSC y el CCo.

El balance es un resumen del inventario en el que se muestran cuáles son los elementos que integran el patrimonio social (el «activo», formado por los bienes y derechos de la sociedad, y el «pasivo», formado por las obligaciones de la sociedad).

El patrimonio neto contable está formado por el capital social, las reservas (legales, estatutarias o voluntarias) y los resultados del ejercicio.

La cuenta de pérdidas y ganancias resume cuáles son los elementos positivos y negativos que componen el resultado del ejercicio, y debe distinguir los ingresos y gastos que resultan de una actividad ordinaria de la sociedad de aquellos que tienen diversa procedencia.

El estado de los flujos de efectivo ha de poner de manifiesto, debidamente ordenados y agrupados por categorías o tipos de actividades, los cobros y pagos realizados por la sociedad, para informar sobre los movimientos de efectivo del ejercicio. No será obligatorio cuando la sociedad pueda formular un balance y un estado de cambios en el patrimonio neto abreviados.

La propuesta de aplicación del resultado muestra el destino de los elementos patrimoniales correspondientes con el beneficio neto, si existe, o cómo se han de compensar las pérdidas.

La memoria tiene una gran importancia en la legislación contable actual, dado que sirve para aclarar los datos contenidos en el balance y en la cuenta de pérdidas y ganancias.

#### **a) Posibilidad de presentar balances o cuentas de pérdidas o ganancias abreviados**

Con el objeto de posibilitar la llevanza de la contabilidad de un modo más simple a sociedades de dimensiones pequeñas, el artículo 257 LSC les permite presentar el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias abreviados, siempre y cuando cumplan los requisitos del propio precepto y no tengan que someter sus cuentas anuales a auditoría (art. 263.2.º LSC).

El balance abreviado supone que solo deberá contener una serie de menciones reducidas previstas por la ley y las normas reglamentarias (art. 257 LSC); en cuanto a la cuenta de pérdidas y ganancias, la reducción de la cuenta consistirá en que determinadas partidas exigidas por la ley y sus normas reglamentarias se agrupan en la forma en que estas indican (art. 258 LSC).

#### **b) La memoria**

La memoria es el documento que completa, amplía y comenta el contenido de los otros documentos que integran las cuentas anuales (art. 259 LSC), debiendo contener las menciones mínimas contenidas en la LSC (art. 260 LSC), el CCo y sus normas reglamentarias de desarrollo. Las sociedades que puedan presentar balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados podrán omitir algunas menciones en la memoria (art. 261 LSC).

#### **c) El informe de gestión**

El informe de gestión contiene una exposición fiel sobre la evolución de los negocios y la situación de la sociedad, junto con una descripción de los principales riesgos e incertidumbres a los que se enfrenta (art. 262.1.º LSC). La exposición contendrá un análisis equilibrado y exhaustivo de la evolución y los resultados de los negocios y la situación de la sociedad, teniendo en cuenta la magnitud y la complejidad de la misma, que incluirá, en la medida en que sean necesarios, indicadores clave financieros o no financieros (salvo en este caso las sociedades que puedan presentar balance o cuenta de pérdidas o ganancias abreviados, art. 262.1.º LSC). El informe de gestión, en su caso, deberá aludir al uso de instrumentos financieros por la sociedad (art. 262.4.º LSC).

No están obligadas a presentar informe de gestión las sociedades que formulen balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados (art. 262.3.º LSC).

### **3.12.2. El proceso de elaboración de las cuentas anuales**

a) Son los administradores quienes están obligados a formular, en el plazo máximo de tres meses desde el cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado, así como, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados (art. 253.1.º LSC).

Las cuentas anuales y el informe de gestión deberán ser firmados por todos los administradores, y cuando alguno de ellos no lo hiciera, se deberá indicar la causa (art. 253.2.º LSC).

b) Las cuentas anuales y, en su caso, el informe de gestión, deberán ser revisados por un auditor de cuentas (art. 263.1.º LSC), que será nombrado por la junta general antes de que finalice el ejercicio a auditar por un período de tiempo inicial que no podrá ser inferior a tres años ni superior a nueve a contar desde la fecha de inicio del primer ejercicio a auditar, sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas respecto a la posibilidad de prórroga (art. 264.1.º LSC). En los casos contemplados en el artículo 265.1.º LSC, principalmente cuando la junta general no hubiera procedido en plazo al nombramiento de auditor, los administradores y cualquier socio (también el comisario del sindicato de obligacionistas en las sociedades anónimas) podrán solicitar su nombramiento al secretario judicial o al registrador mercantil del lugar del domicilio social.

Cuando se trate de sociedades que no están obligadas a auditar las cuentas anuales, los socios que reúnan al menos el 5% del capital social podrán solicitar al secretario judicial o al registrador mercantil del lugar del domicilio que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de estas si no han transcurrido tres meses desde el cierre del ejercicio a que estas se refieren (art. 265.2.º LSC). Al secretario judicial o al registrador mercantil del lugar del domicilio social, si concurre causa justa, podrá también solicitarse la revocación del nombrado por la sociedad o por el secretario judicial o el registrador mercantil, y su sustitución por otro (art. 266 LSC).

El auditor será remunerado de acuerdo con su legislación específica (ley de auditoría de cuentas), sin que pueda recibir otra remuneración o ventaja de la sociedad anónima (art. 267 LSC).

La función del auditor es comprobar si las cuentas anuales ofrecen la imagen fiel del patrimonio, la situación financiera y los resultados de la sociedad, así como, en su caso, la concordancia del informe de gestión con las cuentas anuales (art. 268 LSC). Estas menciones constarán en el informe de auditoría, para cuya realización cuenta con un plazo mínimo de un mes desde la entrega de las cuentas firmadas por los administradores (arts. 269 y 270 LSC).

El auditor de cuentas responde por la realización del informe de auditoría, cuya responsabilidad ante la sociedad queda regulada por la LSC. La legitimación para interponer la acción social de responsabilidad frente al auditor se regirá por lo dispuesto para los administradores de la sociedad (art. 271 LSC).

c) Las cuentas anuales serán aprobadas por la junta general; en este punto se les reconoce a los socios un importante derecho de información sobre los documentos que han de someterse a aprobación (art. 272 LSC).

La junta general resolverá sobre la aplicación del resultado del ejercicio de acuerdo con el balance aprobado (art. 273.1.º LSC).

d) Por último, las cuentas anuales se han de depositar en el RM del domicilio social dentro del mes siguiente a su aprobación. Se presentará para ello certificación de los acuerdos de la junta general de aprobación de las cuentas anuales y de aplicación del resultado, así como, en su caso, de las cuentas consolidadas, a la que se adjuntará un ejemplar de cada una de las cuentas, así como del informe de gestión y del informe de los auditores, haciendo constar también, si es el caso, si alguna o varias de las cuentas anuales se han formulado de forma abreviada (art. 279 LSC).

El registrador deberá calificar el depósito en el plazo de quince días desde su presentación y deberá conservar los documentos depositados en el RM durante un plazo de seis años (art. 280 LSC).

Cualquier persona podrá obtener información del Registro Mercantil de todos los documentos depositados (art. 281 LSC).

Si los administradores incumplen la obligación de depositar las cuentas anuales dentro del plazo establecido (un mes; art. 279 LSC), no se inscribirá en el RM ningún documento referido a la sociedad mientras persista el incumplimiento, a excepción de los títulos relativos a las cuestiones enumeradas en el artículo 282.2.º LSC: cese o dimisión de administradores, gerentes, directores generales o liquidadores; revocación o renuncia de poderes; disolución de la sociedad y nombramiento de liquidadores, así como los asientos ordenados por autoridad judicial o administrativa. Asimismo, se establecen sanciones pecuniarias a la sociedad por este incumplimiento, reguladas en el artículo 283 LSC.

La documentación presentada en el RM puede ser objeto de publicación, debiendo indicarse si esta es íntegra o abreviada. En el primer caso deberá reproducirse fielmente el texto de los documentos depositados en el RM, incluyendo siempre de forma íntegra el informe de los auditores. En el segundo caso, se hará referencia a la oficina del RM en que hubieran sido depositados los documentos. El informe de auditoría podrá ser omitido en esta publicación, pero se indicará si se emitió con reservas por el auditor o sin ellas (art. 284 LSC).

### **3.12.3. La aplicación de los resultados del ejercicio**

Corresponde a la junta general resolver sobre la aplicación del resultado del ejercicio de acuerdo con el balance aprobado (art. 273.1.º LSC).

Solo se podrán repartir dividendos con cargo al beneficio del ejercicio, o a reservas de libre disposición si el valor del patrimonio neto no es o, a consecuencia del reparto, no resulta ser inferior al capital social (art. 273.2.º LSC). Se

prohíbe toda distribución de beneficios a menos que el importe de las reservas disponibles sea, como mínimo, igual al importe de los gastos de investigación y desarrollo que figuren en el activo del balance (art. 273.3.º LSC).

Una cifra igual al 10% del beneficio del ejercicio se destinará a la reserva legal hasta que esta alcance, al menos, el 20% del capital social. En tanto la reserva legal no supere este límite, solo podrá destinarse a la compensación en caso de que no existan otras reservas disponibles suficientes para este fin (art. 274 LSC).

En todo caso, en la sociedad limitada serán los estatutos los que determinen en qué proporción recibirán dividendos los socios, y, a falta de disposición estatutaria expresa, se seguirá la regla proporcional al capital social (art. 275.1.º LSC). En la sociedad anónima, el reparto de dividendos entre las acciones ordinarias será proporcional al capital que hubieran desembolsado (art. 275.2.º LSC). Es posible, no obstante, repartir cantidades a los socios a cuenta de dividendos, lo que solo podrá ser acordado por la junta general o por los administradores con las condiciones del artículo 277 LSC; en caso de contravenir lo establecido en la LSC, deberán ser restituidas (art. 278 LSC).

### **3.13. La modificación de los estatutos**

#### **3.13.1. Concepto y requisitos. Normas especiales de tutela de los socios**

Se considera modificación de los estatutos toda alteración de estos que afecte a su contenido material o solo a su redacción; dicha modificación queda sometida al cumplimiento de los requisitos impuestos por la ley. La competencia para adoptar cualquier modificación estatutaria corresponde a la junta general (art. 285.1.º LSC). No obstante, se establece como excepción que, a no ser que los estatutos dispongan otra cosa, el cambio de domicilio social consistente en su traslado dentro del territorio nacional no exigirá acuerdo de la junta general, pudiendo adoptarse por los administradores de la sociedad (art. 285.2.º LSC).

Los requisitos que deben concurrir para la adopción del acuerdo de modificación de los estatutos son los siguientes (*cf.* arts. 286 y 287 LSC):

- «a) Que los administradores, o, en su caso, los socios autores de la propuesta, redacten el texto íntegro de la modificación propuesta, y en el caso de las sociedades anónimas, formulen un informe con su justificación.
- b) Que se expresen en la convocatoria de la junta, con la debida claridad, los extremos que se hayan de modificar.
- c) Que en el anuncio de la convocatoria de la junta se haga constar el derecho que corresponde a todos los socios de examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta y, en el caso de las sociedades anónimas, del informe sobre ellos y de pedir el envío o entrega gratuita de los mencionados documentos.
- d) Que el acuerdo sea adoptado por la junta, en las sociedades de responsabilidad limitada, de conformidad con lo que se dispone en el artículo 199 LSC (mayoría reforzada), y en las anónimas y comanditarias, por acciones con el quorum de constitución del artículo 194 y la mayoría del artículo 201 LSC».

El acuerdo se hará constar, en todo caso, en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil y se publicará en el BORME (art. 290 LSC). Las exigencias específicas de publicidad para determinados acuerdos de modificación han desaparecido en la actualidad, al haber sido derogado el artículo 289 LSC.

Además, la LSC contempla algunos supuestos especiales de modificación estatutaria, estableciendo reglas especiales de tutela de los socios (arts. 291 a 294 LSC, precepto este último relativo a la tutela individual de los socios colectivos en la sociedad comanditaria por acciones):

- «1) La modificación de los estatutos que implique nuevas obligaciones para los accionistas deberá adoptarse con el consentimiento de los interesados (art. 291 LSC).
- 2) Cuando la modificación afecte a los derechos individuales de cualquier socio de una sociedad de responsabilidad limitada, deberá adoptarse con el consentimiento de los afectados (art. 292 LSC).
- 3) En la sociedad anónima, la validez de una modificación estatutaria que afecte directa o indirectamente a los derechos de una clase de acciones exige acuerdo de la junta general, así como de la mayoría de acciones pertenecientes a la clase afectada. Si son varias las clases afectadas, se requerirá acuerdo de cada una de ellas (art. 293 LSC).

Si la modificación solo afecta a una parte de las acciones pertenecientes a una clase y supone trato discriminatorio entre ellas, se considerarán a estos efectos clases independientes las acciones afectadas y las no afectadas por la modificación, requiriéndose acuerdo separado de cada una de ellas (art. 293.2.º LSC). Estos acuerdos deberán adoptarse con los mismos requisitos de las modificaciones estatutarias (art. 293.3.º LSC)».

### **3.13.2. Aumento de capital**

#### **a) Competencia y modalidades**

El aumento de capital deberá ser acordado por la junta general con los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos sociales (art. 296.1.º LSC). El aumento del capital social puede realizarse por creación de nuevas participaciones o la emisión de nuevas acciones, o por elevación del valor nominal de las ya existentes; en los dos casos, el contravalor del aumento del capital podrá consistir tanto en nuevas aportaciones dinerarias o no dinerarias, incluida la compensación de créditos contra la sociedad, como en la transformación de reservas o beneficios existentes en el patrimonio social (art. 295 LSC).

Cuando el aumento de capital se debe realizar elevando el valor nominal de las participaciones o las acciones, será preciso el consentimiento de todos los socios, salvo que se haga íntegramente con cargo a reservas o beneficios de la sociedad. Cualquiera que sea el procedimiento utilizado, en las sociedades anónimas, el valor de cada una de las acciones de la sociedad, una vez aumentado el capital, habrá de estar desembolsado en un 25% como mínimo (art. 296 LSC). Conforme dispone el artículo 298 LSC, será lícita la emisión de acciones o la creación de participaciones con prima, cantidad que deberá ser íntegramente satisfecha en el momento de la asunción de las nuevas participaciones sociales o de la suscripción de las nuevas acciones.

La LSC regula también el que se denomina «aumento de capital autorizado» para las sociedades anónimas, estableciendo que la junta general, con los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos, podrá delegar en los administradores la facultad de acordar en una o varias veces el aumento de capital social hasta una cifra determinada. Estos aumentos no podrán ser superiores a la mitad del capital social en el momento de la autorización y deberán realizarse mediante aportaciones dinerarias dentro del plazo máximo de cinco años contados desde el acuerdo de la junta. Cuestión distinta es la facultad de la junta general de delegar en los administradores (con los requisitos establecidos para la modificación de estatutos) la ejecución del acuerdo ya adoptado de aumentar el capital, cuyo plazo no podrá exceder de un año, excepto en el caso de conversión de obligaciones en acciones (art. 297 LSC).

La LSC prevé distintos procedimientos para las siguientes modalidades de aumento del capital:

- Aumento del capital mediante nuevas aportaciones dinerarias. En las sociedades anónimas, será requisito previo el total desembolso de las acciones antes emitidas (a excepción de las entidades aseguradoras). Pese a ello, podrá realizarse el aumento si existe una cantidad pendiente de desembolso que no excede el 3% del capital social (art. 299 LSC).
- Aumento del capital mediante aportaciones no dinerarias. En este caso, será preciso que, tras la convocatoria de la junta, se ponga a disposición de los socios un informe de los administradores en que se describan con detalle las aportaciones proyectadas, las personas que tuvieran que efectuarlas, el número y valor nominal de las participaciones o acciones que tuvieran que entregarse y las garantías adoptadas según la naturaleza de los bienes en que la aportación consiste. Las aportaciones no dinerarias en las sociedades anónimas serán objeto de un informe elaborado por uno o varios expertos independientes designados por el registrador mercantil (arts. 67 y sigs. LSC).
- Aumento del capital por compensación de créditos. Solo podrá hacerse cuando concurran los siguientes requisitos (art. 301 LSC):

- Que al menos un 25% de los créditos a compensar sean líquidos, vencidos y exigibles, y que el vencimiento del resto no sea superior a cinco años.
- Que, al tiempo de la convocatoria de la junta, se ponga a disposición de los socios, para su examen en el domicilio social, un informe del órgano de administración sobre la naturaleza y requisitos de los créditos a compensar, la identidad de los aportantes, el número de participaciones sociales o acciones y la cuantía del aumento, en el que se hará constar la concordancia entre esta información y la contabilidad social, y para las sociedades anónimas se exigirá además una certificación del auditor de cuentas de la sociedad que acredite que los datos ofrecidos por los administradores sobre los créditos son exactos.
- Que en el anuncio de la convocatoria se haga mención del especial derecho de información de los socios a examinar estos documentos en el domicilio social, así como a solicitar su entrega o envío gratuito.
- Se incorporarán estos informes a la escritura de aumento como anexos.
- Aumento del capital por conversión de obligaciones en acciones. En este caso, se aplicará lo que se establece en el acuerdo de emisión de las obligaciones (art. 302 LSC).
- Aumento de capital con cargo a las reservas de la sociedad, pudiendo utilizar las reservas de libre disposición, las primas de emisión y la reserva legal en su totalidad en la sociedad de responsabilidad limitada, y en la anónima, en la parte que exceda del 10% del capital ya aumentado (art. 303.1.º LSC).

### c) El derecho de suscripción preferente

Cuando el aumento del capital se realiza por la creación de nuevas participaciones o la emisión de nuevas acciones, la ley concede a los antiguos socios y a los titulares de obligaciones convertibles el derecho de adquisición preferente (art. 304.1.º LSC). No obstante, para la sociedad anónima se prevé el supuesto de que se pueda acudir a la suscripción pública de las nuevas acciones, que exige la renuncia previa a este derecho por parte de los socios o bien que este hubiera sido excluido por la junta general. En este último caso, deberán respetarse las normas del artículo 308 LSC. En relación con este derecho de preferencia, nos remitimos a lo expuesto en relación con los derechos del socio.

La LSC permite la suscripción incompleta del aumento del capital en los artículos 310 (sociedades de responsabilidad limitada) y 311 LSC (sociedades anónimas). Mientras para las sociedades limitadas dispone que el aumento se ejecutará en la cuantía desembolsada, salvo que en el acuerdo se hubiera previsto que el aumento quedaría sin efecto, para las sociedades anónimas, el au-

mento solo se ejecutará en la cuantía suscrita si las condiciones de la emisión hubieran previsto expresamente esta posibilidad. En ambos tipos sociales, si el aumento queda sin efecto, los administradores deberán restituir las aportaciones realizadas en el plazo de un mes (arts. 310.2.º y 311.2.º LSC).

#### **d) Inscripción de la operación de aumento**

En cualquier caso, el acuerdo de aumento de capital y su ejecución deberán inscribirse simultáneamente en el RM (art. 315 LSC), aunque pueden consignarse en escrituras separadas. Excepcionalmente, podrá inscribirse primero el acuerdo de aumento de capital de la sociedad anónima, cuando en el acuerdo se hubiera previsto expresamente la suscripción incompleta y cuando la emisión de las nuevas acciones hubiera sido autorizada o verificada por la CNMV (art. 315.2.º LSC).

Si transcurridos más de seis meses desde el momento en el que se abrió el plazo de preferencia, no se hubieran presentado los documentos que acreditan la ejecución del aumento de capital para su inscripción en el RM, los suscriptores de las nuevas acciones o quienes hayan asumido las nuevas participaciones podrán exigir la restitución de las aportaciones realizadas, además de poder exigir también el interés legal si la falta de presentación fuera imputable a la sociedad (art. 316 LSC).

La LSC establece expresamente que los administradores deberán dar nueva redacción al artículo de los estatutos que recoge el capital social, entendiéndose expresamente autorizados para ello por el acuerdo de aumento (art. 313 LSC).

### **3.13.3. Reducción de capital**

#### **a) Requisitos y modalidades de reducción**

La reducción de capital debe adoptarse en junta general con los requisitos establecidos a todos los efectos para la modificación de los estatutos sociales (art. 318.1.º LSC), debiendo hacer constar en el acuerdo la finalidad de la reducción (art. 324 LSC). El acuerdo deberá ser publicado en el BORME y en un diario de gran circulación en la provincia donde la sociedad tenga su domicilio (art. 319 LSC), haciéndose constar en escritura pública, que se inscribirá en el RM.

La reducción de capital podrá realizarse mediante la disminución del valor nominal de las participaciones sociales o las acciones, su amortización o la agrupación para canjearlas, y podrá tener por finalidad la devolución de aportaciones a los socios, la constitución o el incremento de la reserva legal o las reservas voluntarias, o el restablecimiento del equilibrio entre el capital social y el patrimonio neto social disminuido por las pérdidas (art. 317.1.º LSC).

#### **b) Reducción por pérdidas**

En el caso de reducción por pérdidas, deberá afectar por igual a todas las acciones o participaciones sociales en proporción a su valor nominal, pero respetando los privilegios que a estos efectos hubieran podido otorgarse en los estatutos o en la ley (art. 320 LSC). En ningún caso este tipo de reducción podrá dar lugar a reembolsos a los socios o, en las sociedades anónimas, a la condonación de la obligación de realizar las aportaciones pendientes (art. 321 LSC).

La reducción tendrá carácter obligatorio cuando las pérdidas hayan disminuido el patrimonio por debajo de las 2/3 partes de la cifra de capital social y haya transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio (art. 327 LSC).

En las sociedades de responsabilidad limitada no se podrá reducir el capital por pérdidas en tanto la sociedad cuente con cualquier clase de reservas; por su parte, en las sociedades anónimas no se podrá reducir el capital por pérdidas en tanto la sociedad cuente con cualquier clase de reservas voluntarias o cuando la reserva legal, una vez efectuada la reducción, exceda del 10% del capital social (art. 322 LSC).

Una vez reducido el capital, la sociedad no podrá repartir dividendos hasta que la reserva legal alcance el 10% del nuevo capital (art. 326 LSC).

Estas normas (arts. 322 a 326 LSC) serán de aplicación igualmente cuando la reducción tenga por finalidad dotar la reserva legal (art. 328 LSC).

### **c) Reducción para la devolución del valor de las aportaciones**

Cuando el acuerdo de reducción no afecte por igual a todas las acciones o a todas las participaciones sociales, en el caso de las sociedades anónimas será necesario el acuerdo separado de la mayoría de los accionistas interesados, conforme a lo previsto en el artículo 293 LSC para el aumento de capital; en las sociedades de responsabilidad limitada, se necesitará el consentimiento individual de los titulares de esas participaciones (art. 329 LSC).

La devolución de aportaciones deberá efectuarse a prorrata del valor desembolsado de las respectivas participaciones sociales o acciones, salvo que, por unanimidad, se acuerde otro sistema (art. 330 LSC).

### **d) La tutela de los acreedores en la reducción con devolución de aportaciones a los socios**

Para las **sociedades de responsabilidad limitada**, el artículo 331 LSC dispone que los socios a quienes se hubiera restituido la totalidad o parte del valor de sus aportaciones responderán solidariamente entre sí y con la sociedad del pago de las deudas sociales contraídas con anterioridad a la fecha en que la

reducción fuera oponible a terceros. Esta responsabilidad prescribirá a los cinco años a contar desde la fecha en que la reducción fuera oponible a terceros (art. 331.3.º LSC).

No habrá lugar a esta responsabilidad cuando al acordarse la reducción se dotase una reserva con cargo a beneficios o reservas libres por un importe igual al percibido por los socios en concepto de restitución de la aportación social. La reserva será indisponible hasta que transcurran cinco años a contar desde la publicación de la reducción en el BORME, salvo que antes del vencimiento de este plazo hubieran sido satisfechas todas las deudas sociales contraídas con anterioridad a la fecha en que la reducción fuera oponible a terceros (art. 332 LSC).

En las sociedades de responsabilidad limitada puede reconocerse un derecho estatutario de oposición a los acreedores de tres meses a contar desde la fecha de la notificación del acuerdo de reducción con devolución de aportaciones a los acreedores (art. 333.1.º LSC). Durante este plazo, los acreedores ordinarios podrán oponerse a la ejecución del acuerdo de reducción si sus créditos no son satisfechos o adecuadamente garantizados (art. 333.3.º LSC), considerándose nula toda restitución que se realice antes de transcurrir el plazo de tres meses o a pesar de la oposición entablada, en tiempo y forma, por cualquier acreedor (art. 333.4.º LSC).

Para las **sociedades anónimas**, se reconoce el derecho de oposición en el artículo 334 LSC, a favor de aquellos acreedores cuyos créditos hayan nacido antes de la fecha del último anuncio del acuerdo de reducción del capital, no hayan vencido en ese momento y hasta que se les garanticen tales créditos. No podrán oponerse los acreedores cuyos créditos se encuentren ya suficientemente garantizados (art. 334.2.º LSC). El plazo para el ejercicio de este derecho es de un mes contado desde la fecha del último anuncio del acuerdo (art. 336 LSC).

No obstante, en la sociedad anónima los acreedores sociales no podrán oponerse a la reducción de capital cuando la reducción sea por pérdidas, cuando tenga por finalidad constituir o incrementar la reserva legal, o cuando la reducción se realice con cargo a beneficios o reservas libres, o por vía de amortización de acciones adquiridas a título gratuito por la sociedad (en este último caso, el valor nominal de estas acciones se integrará en una reserva, de la que solo se podrá disponer cumpliendo los mismos requisitos que en una reducción del capital social).

Si el acreedor ejercita el derecho de oposición, la reducción no podrá llevarse a efecto hasta que la sociedad preste garantía a satisfacción del acreedor o, en otro caso, hasta que notifique a dicho acreedor la prestación de fianza solidaria

en favor de la sociedad por una entidad de crédito debidamente habilitada para prestarla, por la cuantía del crédito de que fuera titular el acreedor y hasta tanto no prescriba la acción para exigir su cumplimiento (art. 337 LSC).

#### **e) La reducción de capital mediante amortización de participaciones o acciones propias**

En este caso, si la reducción de capital requiere la adquisición de participaciones o acciones para su posterior amortización, deberá ofrecerse a todos los socios esta adquisición (art. 338.1.º LSC), amortización que deberá tener lugar en el plazo máximo de tres años desde la fecha del ofrecimiento de adquisición (art. 342 LSC). Si la amortización debiera afectar solo a una clase de acciones, deberá realizarse con el acuerdo separado de la mayoría de acciones de la clase afectada (solo aplicable a las sociedades anónimas; art. 338.2.º LSC).

La oferta de adquisición debe ser pública. La forma de esta publicidad queda establecida por el artículo 339 LSC (correo certificado con acuse de recibo en la sociedad de responsabilidad limitada y, en la anónima, mediante publicación en el BORME y en un diario de gran circulación de la provincia del domicilio social, debiendo mantenerse al menos un mes, o si todas las acciones son nominativas, se podrá adoptar también el sistema de correo certificado con acuse de recibo). El plazo para aceptar la oferta se computa desde la fecha de envío de la comunicación (art. 340.1.º LSC).

En este tipo de reducción podrán atribuirse bonos de disfrute a los titulares de las acciones amortizadas, especificando en el acuerdo de reducción el contenido de los derechos atribuidos a estos bonos. Los bonos de disfrute no podrán atribuir el derecho de voto (art. 341 LSC).

#### **f) Reducción y aumento de capital simultáneos**

El acuerdo de reducción de capital social a cero o por debajo de la cifra mínima legal solo podrá adoptarse cuando simultáneamente se acuerde la transformación de la sociedad o el aumento de su capital a una cantidad igual o superior a la mencionada cifra, respetándose en todo caso el derecho de asunción o de suscripción preferente de los socios (art. 343 LSC). Se trata de la denominada «operación acordeón», destinada a cumplir una función de reestructuración financiera o saneamiento empresarial.

La eficacia del acuerdo de reducción queda condicionada, en este caso, a la ejecución del acuerdo de aumento del capital social (art. 344 LSC).

La inscripción del acuerdo de reducción en el RM no podrá practicarse a no ser que simultáneamente se presente a inscripción el acuerdo de transformación o el de aumento de capital, así como, en este último caso, su ejecución (art. 345 LSC).

### **3.14. Separación y exclusión de socios**

El régimen de la separación y la exclusión de socios se articula por el legislador de 2010 con diferentes puntos de análisis: se comprenden conjuntamente una serie de normas comunes a la separación y la exclusión, y se regulan también de forma conjunta causas y ejercicio del derecho de separación en las sociedades anónimas y limitadas. Por el contrario, el régimen de la exclusión de socios está previsto de forma exclusiva para las sociedades de responsabilidad limitada.

#### **3.14.1. Causas de separación**

El artículo 346.1.º contempla como causas legales de separación las siguientes: la sustitución del objeto social, la prórroga de la sociedad, la reactivación de la sociedad y la creación, modificación o extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias, salvo disposición contraria de los estatutos. Causa legal prevista exclusivamente para las sociedades de responsabilidad limitada es la oposición, no votando a favor, a un acuerdo de modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales (art. 346.2.º LSC).

La reforma parcial de la LSC efectuada por la Ley 25/2011 ha introducido un precepto, el artículo 348 bis, sobre el derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos, derecho que podrá ejercerse en el plazo de un mes desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios. Este derecho se reconoce solo en las sociedades de capital no cotizadas, y a partir del quinto ejercicio contado desde la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, al socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales en el caso de que la junta no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior que sean legalmente repartibles. Como se ha señalado, en nuestra doctrina se consagra una especie de derecho de separación por justos motivos en nuestro ordenamiento (Alfaro).

Con carácter general, en el ámbito de la LMESM (Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles) se reconoce un derecho de separación en los casos de transformación de la sociedad y de traslado de domicilio al extranjero (art. 346.3.º LSC).

Los estatutos podrán asimismo contener otras causas de separación, y deberán contener el modo en que se acreditará la existencia de la causa, la forma de ejercitar el derecho y su plazo. En todo caso, para la incorporación de estas causas a los estatutos, su modificación o supresión será necesario el consentimiento de todos los socios (art. 347 LSC).

Los acuerdos que hagan nacer el derecho de separación se han de dotar de la necesaria publicidad, de modo que se publicarán en el BORME. En las sociedades de responsabilidad limitada y en las sociedades anónimas, cuando todas las acciones sean nominativas, los administradores podrán sustituir la publicación en el BORME por una comunicación escrita a cada uno de los socios que no hayan votado a favor del acuerdo. El derecho de separación deberá ejecutarse por escrito en el plazo de un mes desde la publicación del acuerdo o desde la recepción de la comunicación (art. 348 LSC). Para que la escritura que documenta el acuerdo que permite separarse a los socios se pueda inscribir en el RM, será necesario que la propia escritura u otra posterior contenga la declaración de los administradores de que ningún socio ha ejercido el derecho de separación dentro del plazo establecido o que la sociedad, previa autorización de la junta general, ha adquirido las participaciones sociales o acciones de los socios separados o bien la reducción del capital social (art. 349 LSC).

En la actualidad, como se ha señalado ya al tratar de los derechos del socio, la norma que reconoce el derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos está suspendida en su aplicación hasta el próximo día 31 de diciembre de 2016.

### **3.14.2. La exclusión de socios**

Entendida como la sanción más grave que puede imponerse a un socio, pero esencialmente como mecanismo de resolución de conflictos (García Villaverde), la LSC contempla el régimen de la exclusión en la sociedad de responsabilidad limitada, de modo que se podrá excluir al socio que incumpla voluntariamente la obligación de realizar prestaciones accesorias, así como al socio administrador que infrinja la prohibición de competencia o hubiera sido condenado por sentencia firme a indemnizar a la sociedad los daños y perjuicios causados por actos contrarios a esta ley o a los estatutos o realizados sin la debida diligencia (art. 350 LSC). Con el consentimiento de todos los socios, será posible incorporar nuevas causas de exclusión o modificar o suprimir las existentes (art. 351 LSC), y esta posibilidad queda reconocida para todas las sociedades de capital.

La exclusión requiere siempre acuerdo de la junta general (art. 352.1.º LSC), y si el socio es titular de una participación en el capital igual o superior al 25%, salvo en el caso de condena del socio administrador a indemnizar a la sociedad, requerirá también resolución judicial firme si el socio no está conforme con la exclusión (art. 352.2.º LSC). Cualquier socio estará legitimado para ejercer la acción de exclusión en nombre de la sociedad cuando esta no lo hubiera hecho en el plazo de un mes desde la fecha de adopción del acuerdo de exclusión (art. 352.3.º LSC).

### **3.14.3. Normas comunes a la separación y a la exclusión de socios**

La LSC contiene una serie de normas comunes a ambos procedimientos referidas a los siguientes aspectos:

- La valoración de las participaciones o de las acciones del socio. El socio tendrá derecho al reembolso de sus participaciones o acciones, cuya valoración será realizada por un experto independiente a falta de acuerdo del socio con la sociedad (los honorarios del experto correrán a cargo de la sociedad; art. 355.1 LSC). Deberá garantizarse al socio la obtención del valor real de su participación en la sociedad (RDGRN de 30 de marzo de 1999 [RJ 2189/1999]).
- Responsabilidad de los socios a quienes se reembolsó el valor de las participaciones amortizadas en la sociedad de responsabilidad limitada: responden del mismo modo que en la reducción de capital por pérdidas (art. 357 LSC).
- Salvo que la junta general haya autorizado la adquisición de las participaciones o acciones de los socios separados o excluidos, los administradores, sin necesidad de acuerdo específico de la junta, procederán a otorgar escritura pública de reducción del capital social y si, como consecuencia de ella, el capital social descendiera por debajo de la cifra mínima legal del capital social, se procederá a la disolución de la sociedad (art. 358 LSC). Del mismo modo, podrán otorgar escritura de adquisición de participaciones sociales o acciones, sin necesidad de acuerdo específico de la junta, en caso contrario (art. 359 LSC).

### **3.15. La disolución de la sociedad y la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales**

La disolución aparece como el momento inicial del período extintivo de la sociedad, que produce como efecto inmediato que la sociedad entre en período de liquidación como paso previo y necesario para proceder a su extinción.

#### **a) Causas de disolución**

Son causas de disolución de pleno derecho de las sociedades de capital (art. 360 LSC):

- El cumplimiento del término fijado en los estatutos, salvo que con anterioridad la sociedad hubiera sido prorrogada e inscrita la prórroga en el RM.
- Por el transcurso de un año desde la adopción del acuerdo de reducción del capital social por debajo del mínimo legal como consecuencia del cumplimiento de una ley, si no se hubiere inscrito en el RM la transformación

o la disolución de la sociedad, o el aumento del capital social hasta una cantidad igual o superior al mínimo legal.

La declaración de concurso de una sociedad de capital no constituirá, por sí sola, causa de disolución. La apertura de la fase de liquidación en el concurso de acreedores producirá la disolución de pleno derecho de la sociedad. En este caso, el juez del concurso hará constar la disolución en la resolución de apertura de la fase de liquidación del concurso (art. 361 LSC).

Las sociedades de capital se disolverán por la existencia de causa legal o estatutaria debidamente constatada por la junta general (art. 362 LSC) o por resolución judicial, debiendo disolverse por las causas del artículo 363.1.º LSC:

- 1) Por el cese en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social. En particular, se entenderá que se ha producido el cese tras un período de inactividad superior a un año.
- 2) Por la conclusión de la empresa que constituya su objeto.
- 3) Por la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social.
- 4) Por la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento.
- 5) Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que este se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar el concurso.
- 6) Por reducción del capital social por debajo del mínimo legal cuando no sea consecuencia del cumplimiento de una ley.
- 7) Porque el valor nominal de las participaciones sociales sin voto o de las acciones sin voto excediera de la mitad del capital social desembolsado y no se restableciera la proporción en el plazo de dos años.
- 8) Por cualquier otra causa establecida en los estatutos.

El acuerdo de disolución deberá ser adoptado por la junta general en todos estos supuestos, con las mayorías contenidas en el artículo 198 LSC para la sociedad de responsabilidad limitada, y con el quorum de constitución y las mayorías de los artículos 193 y 201 LSC para la anónima (art. 364 LSC).

A las anteriores causas hay que añadir la particular y rigurosa causa de disolución de la sociedad (tanto anónima como limitada) prevista en la disposición adicional decimoséptima de la Ley 17/2001, de marcas, en virtud de la cual, si la sentencia que declara la violación del derecho de marca impusiera el cambio de denominación social (se refiere a los casos de identidad o confusión entre

signo distintivo y denominación social) y este cambio no se efectuara en el plazo de un año, la sociedad quedará disuelta de pleno derecho. El acuerdo de disolución o la resolución judicial, en su caso, se inscribirán en el RM, y se publicarán también en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación del lugar del domicilio social.

Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de que una sociedad de capital se disuelva por simple acuerdo de su junta general, adoptado con los requisitos que la ley establece para las modificaciones estatutarias (art. 368 LSC).

El acuerdo de disolución deberá elevarse a público e inscribirse en el RM, publicándose además en el BORME (art. 369 LSC).

#### **b) Deberes y responsabilidad de los administradores**

Los administradores deberán convocar la junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o, si fuera insolvente, se inste el concurso (art. 365.1.º LSC). Cualquier socio podrá solicitarles dicha convocatoria (art. 365.2.º LSC). En caso de que la junta no fuera convocada, no se celebrara o no adoptara alguno de los acuerdos necesarios para la remoción de la causa de disolución, cualquier interesado podrá instar la disolución ante el juez de lo mercantil del domicilio social, solicitud que deberá dirigirse contra la sociedad (art. 366.1.º LSC). Recae sobre los administradores el deber de solicitar judicialmente la disolución cuando el acuerdo social fuera contrario a la disolución o no pudiera ser logrado (art. 366.2.º LSC).

Los administradores quedan sometidos al régimen de responsabilidad del artículo 367 LSC, de modo que responderán solidariamente de las deudas sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución si incumplen alguna de las obligaciones siguientes: 1) no convocar la junta general en el plazo de dos meses para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, y 2) no solicitar la disolución judicial o, si procede, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando esta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución.

En estos casos, las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, y, en su caso, los administradores deberán probar que son de fecha anterior (art. 367.2.º LSC).

#### **c) La reactivación de la sociedad disuelta**

La junta general de la sociedad disuelta podrá acordar la reactivación si ha desaparecido la causa de disolución, el patrimonio contable no sea inferior al capital social y no se haya comenzado el pago de la cuota de liquidación a los socios. No procederá la reactivación en los supuestos de disolución de pleno derecho (art. 370.1.º LSC).

El acuerdo de reactivación deberá adoptarse con los requisitos de una modificación estatutaria (art. 370.2.º LSC), y al socio que no vote a favor habrá que reconocerle el derecho de separación (art. 370.3.º LSC). Los acreedores gozan también de un derecho de oposición en las mismas condiciones y con los mismos efectos previstos por la LSC para la reducción de capital (art. 370.4.º LSC).

### **3.16. La liquidación y extinción de la sociedad anónima**

Una vez disuelta la sociedad, se abrirá el período de liquidación (art. 371.1.º LSC) (a no ser que se trate de un caso de fusión o escisión total o cualquier otro tipo de cesión global del activo y el pasivo), durante el que la sociedad conservará su personalidad jurídica, aunque deberá incluir en su nombre la expresión «en liquidación» (art. 371.2.º LSC). Si se trata de una liquidación concursal, se regirá por las normas de esta legislación especial (art. 372 LSC), y en este caso no procederá el nombramiento de liquidadores, dado que esta función será desarrollada por los administradores concursales (art. 376.3.º LSC).

Desde la apertura de la liquidación cesará la representación de los administradores (art. 374.1.º LSC) para hacer nuevos contratos y contraer nuevas obligaciones, asumiendo los liquidadores las funciones enumeradas en el artículo 375 LSC.

En las sociedades de responsabilidad limitada, quienes fueran administradores en el momento de la disolución quedarán convertidos en liquidadores, salvo que se hubieran designado otros en los estatutos o por la junta general al acordar la disolución (art. 376.1.º LSC). En las sociedades anónimas, si los estatutos no hubieran establecido normas sobre su nombramiento, este corresponderá a la junta general. El número de liquidadores deberá ser siempre impar en este tipo social.

Los liquidadores, que ejercerán su cargo por plazo indefinido (art. 378 LSC), podrán realizar todas aquellas operaciones necesarias para la liquidación, para lo que podrán reclamar la colaboración de los anteriores administradores (art. 374.2.º LSC). Podrán ser separados de su cargo por la junta general si no fueron nombrados por el secretario judicial o el registrador mercantil, y ello aunque no conste el acuerdo en el orden del día de la reunión. Si fueron designados por los estatutos, el acuerdo requerirá el quorum de asistencia y las mayorías exigidas en la LSC para sociedades anónimas y limitadas en el supuesto de modificación de estatutos. Podrán ser separados también por decisión del secretario judicial o el registrador mercantil si concurre justa causa, y en las sociedades anónimas, a petición de accionistas que representen al menos la vi-

gésima parte del capital social (art. 380.1.º LSC). Si el liquidador fue nombrado por el secretario judicial o el registrador mercantil, solo podrá ser separado por quien lo nombró, a solicitud fundada de quien acredite interés legítimo (art. 380.2.º LSC). Estas resoluciones sobre los liquidadores serán recurribles ante el juez de lo mercantil (art. 280.3 LSC).

También podrá nombrarse interventor que participe en las operaciones de liquidación en las sociedades anónimas; este nombramiento puede solicitarse al secretario judicial o al registrador mercantil del domicilio social por accionistas que representen al menos la vigésima parte del capital social, y si la sociedad hubiera emitido y tuviera en circulación obligaciones, podrá nombrarlo el sindicato de obligacionistas (art. 381 LSC). El artículo 382 LSC reconoce la posibilidad de que el Gobierno intervenga en la liquidación, por los efectos y trascendencia de la operación o cualquier otra causa que la justifique.

Los liquidadores deberán suscribir el inventario y el balance inicial de liquidación en el momento de empezar sus funciones, en el plazo de tres meses desde la apertura de la liquidación (art. 383 LSC). Acabada la liquidación, los liquidadores formarán el balance final, que será censurado por los interventores si hubieran sido nombrados, y sometido a la aprobación de la junta general (art. 390 LSC). Los liquidadores asumen un deber de información sobre la marcha de la liquidación a los socios y a los acreedores (art. 388 LSC), así como de llevanza de la contabilidad (art. 386 LSC) y de enajenación de los bienes sociales, que en las sociedades anónimas se efectuará necesariamente mediante subasta pública (art. 387 LSC). Asimismo, el artículo 389 LSC contempla la posible sustitución de los liquidadores por duración excesiva de la liquidación, que podrá ser solicitada a los tres años desde la apertura de la liquidación.

Los liquidadores responderán ante los socios y los acreedores de cualquier perjuicio que les hubiesen causado con dolo o culpa en el desempeño de su cargo (art. 397 LSC).

La función básica de los liquidadores reside en el cobro de los créditos y el pago de las deudas sociales (art. 385 LSC); en las sociedades anónimas y comanditarias por acciones percibirán los desembolsos pendientes de pago por los accionistas, tanto aquellos acordados al tiempo de iniciarse la liquidación como aquellos otros que, hasta completar el valor nominal de las acciones, sean necesarios para satisfacer a los acreedores. De hecho, los liquidadores no podrán satisfacer la cuota de liquidación a los socios sin la previa satisfacción a los acreedores del importe de sus créditos o sin consignarlo en una entidad de crédito del término municipal en que radique el domicilio social (art. 391.2.º LSC).

La división del patrimonio que resulte de la liquidación se efectuará, en todo caso, conforme a las normas establecidas por los estatutos o, en su defecto, por la junta general (art. 391.1.º LSC), siendo la cuota de liquidación correspondiente a cada socio proporcional a su participación en el capital social,

salvo disposición contraria de los estatutos sociales (art. 392.1.º LSC). En las sociedades anónimas y comanditarias por acciones, cabe que todas las acciones no estuvieran desembolsadas en la misma proporción, por lo que se restituirá en primer lugar a los accionistas que hubiesen desembolsado mayores cantidades el exceso sobre la aportación del que hubiese desembolsado menos (art. 392.2.º LSC).

Es posible que en los estatutos se establezca a favor de alguno o algunos socios el derecho de que la cuota resultante de la liquidación les sea satisfecha mediante la restitución de las aportaciones no dinerarias realizadas o mediante la entrega de otros bienes sociales, si subsistieran en el patrimonio social, que serán apreciadas en su valor real al tiempo de aprobarse el proyecto de división entre los socios del activo resultante. Los liquidadores enajenarán primero los restantes bienes sociales y, si una vez satisfechos los acreedores, el activo fuera insuficiente para satisfacer a todos los socios su cuota de liquidación, los socios con derecho a percibirla en especie deberán pagar previamente en dinero a los demás socios la diferencia que corresponda (art. 393 LSC).

Si no se impugna el balance final de liquidación o siendo firme la sentencia que hubiera resuelto las reclamaciones contra él, se procederá al pago de la cuota de liquidación a los socios (art. 394.1.º LSC).

Aprobado el balance final y repartido entre los accionistas el haber social existente, los liquidadores otorgarán escritura pública de extinción de la sociedad, que deberá inscribirse en el RM, además de depositar los libros de comercio y documentos relativos a su tráfico (art. 396 LSC).

No obstante, puede ocurrir que, una vez cancelados los asientos de la sociedad, aparezcan bienes sociales («activo sobrevenido»), que deberán ser adjudicados a los antiguos socios, previa conversión de los bienes en dinero cuando fuera necesario, y, en este caso, los liquidadores deberán cumplir con dicha obligación en el plazo de seis meses desde que fueran requeridos para cumplirla. En caso contrario, cualquier interesado podrá solicitar al juez del último domicilio social el nombramiento de persona que los sustituya en el cumplimiento de sus funciones (art. 398 LSCS).

Por el contrario, si se produjera una situación de «pasivo sobrevenido», los antiguos socios responderán solidariamente de las deudas sociales no satisfechas hasta el límite de lo recibido como cuota de liquidación, sin perjuicio de la responsabilidad asumida por los liquidadores (art. 399 LSC).

### **Lecturas recomendadas**

I. Arroyo; J. M. Embid Irujo; C. Górriz (coords.) (2009). *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas* (2.ª ed.). Madrid: Tecnos.

J. M. Embid Irujo (coord.) (2005). *Las competencias de los órganos sociales en las sociedades mercantiles de capital*. Valencia: Tirant lo Blanch.

**J. M. Embid Irujo** (dir.) (2016). *Derecho de sociedades de capital. Estudio de la Ley de sociedades de capital y de la legislación complementaria*. Madrid: Marcial Pons.

**M. A. Alcalá Díaz** (2006). "El derecho de impugnación del socio en la sociedad anónima cotizada". Madrid: La Ley-Actualidad.

## 4. El régimen de la sociedad cotizada

### 4.1. Concepto y regulación

Conforme dispone el artículo 495.1º LSC, «son sociedades cotizadas las sociedades anónimas cuyas acciones estén admitidas a negociación en un mercado secundario oficial de valores». Su régimen jurídico se encuentra en los artículos 495 a 528 LSC, y en lo no previsto en estas normas, por las disposiciones aplicables a las sociedades anónimas, además de por las demás normas que sean de aplicación, y entre ellas merece destacar la LMV (art. 495.2.º LSC).

Asimismo, además de este doble régimen jurídico (societario –LSC– y de ordenación de la actividad –contenido en la LMV–), tiene gran importancia la publicación del *Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas* (versión de 2015) de la CNMV, que contiene un conjunto de recomendaciones no vinculantes dirigidas a las sociedades cotizadas, sobre cuyo cumplimiento, sin embargo, se han de pronunciar en el Informe anual de gobierno corporativo, documento público al cual se puede acceder a través de la página web de la CNMV ([www.cnmv.es](http://www.cnmv.es)).

La especialidad de estas sociedades no reside, por tanto, aunque por lo general sea un rasgo coincidente, en las dimensiones de la empresa, sino en que la adquisición y negociación de sus acciones es accesible al público en general al cotizar en bolsas de valores u otros mercados secundarios organizados. Solo pueden adoptar las formas anónima o comanditaria por acciones, aunque en la práctica solo encontramos sociedades anónimas cotizadas.

En primer lugar, estas sociedades requieren una cifra de capital superior a la establecida en el artículo 4 LSC, que viene impuesta por las normas del mercado, además de que sus acciones deben estar representadas por anotaciones en cuenta (art. 496 LSC y RD 116/1992, de 14 de febrero). No podrán admitirse a cotización en Bolsa las acciones cuyos estatutos contengan restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones (D. A. 1.ª.4 RD 291/1992, de 27 de marzo).

El artículo 497 LSC reconoce el derecho de la sociedad emisora a conocer la identidad de sus accionistas, información que necesariamente deberán proporcionar las entidades que, de acuerdo con la normativa reguladora de los mercados de valores, hayan de llevar los registros de valores representados mediante anotaciones en cuenta. Este derecho fue modificado por la Ley 2/2011, de economía sostenible, y desarrollado por el RD 878/2015, de 2 de octubre (art. 23).

Se establecen, por otra parte, normas especiales en materia del límite máximo de la autocartera (que se fija en el diez por ciento del capital suscrito, según el art. 509 LSC); y respecto de la emisión de obligaciones, no se aplica el límite máximo legal para su emisión establecido con carácter general (*cf.* art. 510 LSC).

#### **4.2. Régimen especial de determinados derechos de los accionistas**

- El derecho de información del socio en las sociedades cotizadas. Además del especial derecho de información que en junta general ostenta el accionista (véase art. 197 LSC), el artículo 520 LSC dispone que hasta el quinto día anterior al previsto para la celebración de la junta, los accionistas de una sociedad cotizada, además de poder ejercer el derecho de información sobre los asuntos comprendidos en el orden del día, podrán solicitar informaciones o aclaraciones o formular preguntas por escrito acerca de la información accesible al público que se hubiera facilitado por la sociedad a la CNMV desde la celebración de la última junta general y acerca del informe del auditor. El artículo 520.2 LSC reitera este deber, estableciendo la obligación de la sociedad de disponer de una página web para atender el ejercicio del derecho de información de los accionistas y para difundir la información relevante sobre los hechos que puedan influir en la determinación del accionista de adquirir o transmitir las acciones de la sociedad.
- El plazo para el ejercicio del derecho de suscripción preferente será establecido por los administradores de la sociedad, aunque no podrá ser inferior a quince días desde la publicación de la oferta de suscripción de la nueva emisión de acciones en el BORME (art. 503 LSC).
- El derecho de voto podrá ser transmitido, si así está previsto en los estatutos, por el socio a un tercero por tiempo determinado, o bien confiado su ejercicio discrecional de forma indefinida mediante la entrega de las acciones en depósito, en administración o simplemente a una persona interpuesta (art. 24 RD 1362/2007, de 19 de octubre).
- Cuando el privilegio conferido por acciones emitidas por sociedades cotizadas consista en el derecho a obtener un dividendo preferente, la sociedad estará obligada a acordar el reparto del dividendo si existieran beneficios distribuibles, sin que los estatutos puedan disponer otra cosa (art. 498 LSC).

#### **4.3. El régimen de las acciones rescatables**

En los artículos 500 y 501 LSC se ha regulado la emisión y amortización de las acciones rescatables.

Las sociedades anónimas cotizadas podrán emitir acciones rescatables a solicitud de la sociedad emisora, de los titulares de estas acciones o de ambos, por un importe nominal no superior a la cuarta parte del capital social. En el acuerdo de emisión se fijarán las condiciones para el ejercicio del derecho de rescate. Estas acciones rescatables deberán ser íntegramente desembolsadas en el momento de la suscripción. Por otra parte, si el derecho de rescate se atribuyese exclusivamente a la sociedad, no podrá ejercitarse antes de que transcurran tres años a contar desde la emisión.

Su amortización se efectuará con cargo a beneficios o reservas libres o bien con el producto de una nueva emisión de acciones acordada por la junta general con el objetivo de financiar la operación de amortización. Si se amortizaran con cargo a beneficios o reservas libres, la sociedad deberá constituir una reserva por el importe del valor nominal de las acciones amortizadas. Si no existieran beneficios o reservas libres en cantidad suficiente, ni se emitieran nuevas acciones, la amortización solo podrá llevarse a cabo cumpliendo los requisitos establecidos para la reducción de capital con devolución de aportaciones (arts. 320 y sigs. LSC).

#### **4.4. Especialidades en materia de órganos sociales**

En cuanto a las competencias de la junta general, el artículo 511 bis LSC añade, a las propias del órgano en toda sociedad de capital (art. 160 LSC), las siguientes:

- a) La transferencia de entidades dependientes de actividades esenciales desarrolladas hasta ese momento por la propia sociedad, aunque esta mantenga el pleno dominio de aquellas.
- b) Las operaciones cuyo efecto sea equivalente al de la liquidación de la sociedad.
- c) La política de remuneraciones de los consejeros en los términos establecidos en la ley.

Se consideran activos esenciales cuando el volumen de la operación supera el 25% del total de activos del balance.

- El artículo 512 LSC establece imperativamente que la junta general de la sociedad cotizada deberá aprobar un reglamento específico para la junta, en la que se contemplarán todas las materias que atañen a la junta general, respetando lo establecido en la ley y los estatutos. Este reglamento será igualmente accesible a través de la página web de la sociedad, así como de la CNMV, dado que este organismo asume su inscripción y publicación (art. 513 LSC).

- En el mismo sentido, resulta obligatorio el reglamento del consejo de administración, que será aprobado por el propio consejo, con informe a la junta general (art. 528 LSC). Este reglamento, igualmente accesible a través de la página web de la sociedad y la de la CNMV (art. 529 LSC), contendrá aquellas medidas concretas tendentes a garantizar la mejor administración de la sociedad.
- En el artículo 514 LSC se consagra el principio de igualdad de trato, de modo que se garantice el igual trato de todos los accionistas que estén en la misma posición, en lo referido a la información, la participación y el ejercicio del derecho de voto en la junta general. Manifestación de este principio es el artículo 516 LSC, conforme al cual la sociedad cotizada está obligada a anunciar la convocatoria de su junta general, ordinaria o extraordinaria, de modo que se garantice un acceso a la información rápido y no discriminatorio entre todos los accionistas, garantizando medios de comunicación que aseguren la difusión pública y efectiva de la convocatoria, así como el acceso gratuito a la misma por parte de los accionistas de toda la Unión Europea. Esta difusión se hará utilizando, al menos, los siguientes medios: a) el BORME o uno de los diarios de mayor circulación en España; b) la página web de la CNMV; c) la página web de la sociedad convocante.
- Respecto de la convocatoria de las juntas generales extraordinarias, se puede reducir el plazo entre la convocatoria y la celebración de la junta a quince días, siempre que la sociedad ofrezca a los accionistas la posibilidad efectiva de votar por medios electrónicos accesibles a todos ellos. Para ello, en junta general deberán votar a favor de la reducción del plazo de convocatoria dos tercios del capital suscrito con derecho de voto, sin que la vigencia del acuerdo pueda superar la fecha de celebración de la siguiente junta general (art. 515.2 LSC).
- El anuncio de la convocatoria deberá contener, además de las menciones legalmente exigibles con carácter general para las sociedades de capital, la fecha en la que el accionista deberá tener registradas a su nombre las acciones para poder participar y votar en la junta general, el lugar y la forma en que puede obtenerse el texto completo de los documentos y propuestas de acuerdo, y la dirección de la página web de la sociedad en que estará disponible la información. Además, contendrá una información clara y exacta de los trámites que los accionistas deberán seguir para participar y emitir su voto en la junta general, incluyendo, en particular, los siguientes extremos: el derecho a solicitar información, a incluir puntos en el orden del día y a presentar propuestas de acuerdo, así como el plazo de ejercicio, el sistema para la emisión de voto por representación y los procedimientos establecidos para la emisión del voto a distancia, sea por correo o por medios electrónicos.

- El artículo 518 dispone que desde la publicación del anuncio de convocatoria hasta la celebración de la junta general, la sociedad deberá mantener ininterrumpidamente en su página web la información sobre el anuncio de convocatoria, sobre las acciones y derechos de voto en la fecha de convocatoria, sobre los documentos que se presentarán a la junta general, los textos completos de las propuestas de acuerdo o, en caso de no existir, un informe de los órganos competentes, así como las propuestas de acuerdo de los accionistas (conforme al art. 519 LSC), y los formularios que deban utilizarse para el voto por representación y a distancia, salvo cuando sean enviados directamente por la sociedad a cada accionista.
- Según el artículo 520 LSC el ejercicio del derecho de información de los accionistas se rige por lo dispuesto en el artículo 197 LSC. Además, los accionistas podrán solicitar a los administradores, por escrito hasta el quinto día anterior al previsto para la celebración de la junta, o verbalmente durante su celebración, las aclaraciones que estimen precisas acerca de la información accesible al público que la sociedad hubiera facilitado a la Comisión Nacional del Mercado de Valores desde la celebración de la última junta general y acerca del informe del auditor. Los administradores no estarán obligados a responder a preguntas concretas de los accionistas cuando, antes de su formulación, la información solicitada esté clara y directamente disponible para todos los accionistas en la página web de la sociedad bajo el formato pregunta-respuesta.
- El artículo 521 LSC permite la participación a distancia del accionista en la junta, así como la delegación del voto, conforme a los estatutos de la sociedad y siempre que se garantice debidamente la identidad del sujeto que participa o vota, y la seguridad de las comunicaciones electrónicas. El reglamento de la junta general podrá regular el ejercicio a distancia de los derechos del accionista, de conformidad con lo dispuesto en los estatutos de la sociedad. Según el artículo 521 bis LSC, en las sociedades anónimas cotizadas, los estatutos no podrán exigir la posesión de más de mil acciones para asistir a la junta general.
- El accionista podrá hacerse representar por cualquier persona en las juntas generales, de modo que serán nulas las cláusulas estatutarias que limiten este derecho del accionista. Los estatutos sí que podrán prohibir la sustitución del representante por un tercero. Si se hubieran emitido instrucciones por parte del accionista representado, deberá seguirlas el representante y tendrá la obligación de conservarlas durante un año desde la celebración de la junta correspondiente. Tanto el nombramiento del representante como la notificación del nombramiento podrán realizarse por escrito o por medios electrónicos. El representante podrá tener la representación de más de un accionista sin limitación en cuanto al número de accionistas representados, y podrá emitir votos de distinto signo en función de las instrucciones dadas por cada accionista (en este sentido, *cf.* art. 524 LSC, relativo a las relaciones entre el intermediario financiero y sus clientes a

efectos del ejercicio de voto). El artículo 523 regula la situación de conflicto de intereses en que puede encontrarse el representante, estableciendo, además de una enumeración ejemplificativa de supuestos de conflicto (*cf.* art. 523.2 LSC), la obligación de advertir previamente a su nombramiento al accionista de la existencia de este conflicto, o, si fuera posterior al nombramiento, de informarle inmediatamente. En los dos casos, si no recibe nuevas instrucciones de voto precisas para cada uno de los asuntos sobre los que el representante tenga que votar en nombre del accionista, deberá abstenerse de emitir el voto (art. 523.1.º LSC).

- En cuanto a la votación de los acuerdos, para cada acuerdo sometido a votación deberá determinarse, como mínimo, el número de acciones respecto de las que se hayan emitido votos válidos, la proporción de capital social representado por dichos votos, el número total de votos válidos, el número de votos a favor y en contra de cada acuerdo y, en su caso, el número de abstenciones. Los acuerdos aprobados y el resultado de las votaciones se publicarán íntegros en la página web de la sociedad dentro de los cinco días siguientes a la finalización de la junta general (art. 525 LSC).
- El artículo 526 LSC se refiere al ejercicio del derecho de voto por administrador en caso de solicitud pública de representación, estableciendo que si el administrador se encontrara en conflicto de intereses con los representados en determinados puntos del orden del día, no podrá ejercer el derecho de voto salvo que hubiera recibido del representado instrucciones de voto precisas para cada uno de los puntos del orden del día según el artículo 522 LSC. El precepto propone como ejemplos de conflicto los que afectan a su nombramiento, ratificación, destitución, separación o cese, al ejercicio contra él de la acción social de responsabilidad, o la aprobación o ratificación de operaciones de la sociedad con el administrador de que se trate, sociedades controladas por él o a las que represente o personas que actúen por su cuenta.
- El nuevo tenor del artículo 527 LSC revierte la situación anterior de prohibición del número máximo de votos a emitir, de modo que se permite la limitación del número de votos de un mismo accionista, de sociedades pertenecientes a un mismo grupo o de varios accionistas sindicados de forma general. Sin embargo, esta limitación quedará sin efecto cuando tras una oferta pública de adquisición, el oferente haya alcanzado un porcentaje de al menos el 70% del capital que confiera derecho de voto.
- Según el artículo 528 LSC, el consejo de administración aprobará un documento de autorregulación, el reglamento del consejo, que ha de respetar necesariamente la ley y los estatutos.
- Las competencias del consejo de administración son delegables, a excepción de las contempladas en el artículo 249 bis LSC, relativas a cuestiones de política general y estratégica de la sociedad, de fijación de la estructu-

ra del grupo de sociedades o que tengan por sus características especial trascendencia para la sociedad o el grupo. Excepcionalmente, el órgano delegado podrá adoptar decisiones sobre estas cuestiones, siempre que se someta la decisión a ratificación en el primer consejo que se celebre. El consejo deberá constituir en su seno comisiones especializadas, regulándose específicamente en la LSC la comisión de auditoría y la comisión de nombramientos y retribuciones (arts. 529 terdecies a quinceces LSC).

- Los consejeros son nombrados por la junta general o, en caso de vacante, pueden ser nombrados por cooptación por el propio consejo (art. 529 decies), por un período que será el fijado en los estatutos, pero que no podrá exceder de cuatro años, si bien podrán ser reelegidos por períodos de igual duración máxima (art. 529 undecies).
- El artículo 529 duodecies distingue las distintas categorías de consejeros: ejecutivos (desempeñan funciones directivas en la sociedad o su grupo, con independencia del vínculo que tengan con ella) y no ejecutivos, que serán el resto. Dentro de este segundo grupo podemos encontrar consejeros dominicales, independientes y externos. Serán considerados dominicales los que posean una participación accionarial igual o superior a la que se considere legalmente significativa o que hubieran sido designados por su condición de accionistas, aunque su participación accionarial no alcance dicha cuantía, así como quienes los representen. Son también considerados dominicales los altos directivos o consejeros de sociedades pertenecientes al grupo de la sociedad dominante. Son independientes los consejeros designados por sus circunstancias personales o profesionales, y que puedan desempeñar sus funciones sin verse condicionados por relaciones con la sociedad o su grupo, sus accionistas significativos o sus directivos.
- Con carácter general, el cargo de consejero será necesariamente retribuido, salvo disposición contraria de los estatutos (art. 529 sexdecies). Si se trata de consejeros con funciones ejecutivas deberán estipular un contrato con la sociedad, en el que constarán todos los conceptos retributivos (arts. 529 septdecies y 529 octodecies LSC).

#### **4.5. Los pactos parasociales en las sociedades cotizadas**

El artículo 530 LSC define los pactos parasociales como aquellos que incluyan la regulación del derecho de voto en las juntas generales o que restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones (o de las obligaciones convertibles o canjeables) en las sociedades cotizadas.

Estos pactos deberán ser comunicados inmediatamente a la sociedad y a la CNMV, acompañando a la comunicación copia del documento en que consten (art. 531 LSC). Posteriormente, el documento deberá ser depositado en el RM en que la sociedad esté inscrita y deberá publicarse como hecho relevante.

Estas normas serán de aplicación igualmente a los supuestos de pactos parasociales entre socios o miembros de una entidad que ejerza el control sobre una sociedad cotizada (art. 534 LSC). Solo podrá dispensarse temporalmente del cumplimiento de estas normas sobre publicidad cuando se estime que ello puede ocasionar un grave daño a la sociedad, y la dispensa deberá ser acordada por la CNMV en resolución motivada a petición de los interesados (art. 535 LSC).

Cualquiera de los firmantes del pacto, así como el titular del derecho de voto en los casos de usufructo y prenda de acciones, están legitimados para realizar estas comunicaciones y depósito (art. 532 LSC).

#### **4.6. Especialidades en materia de cuentas anuales**

Se prohíbe a las sociedades cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado regulado de cualquier Estado miembro de la Unión Europea formular balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados ni cuenta de pérdidas o ganancias abreviadas (art. 536 LSC).

Por otra parte, las sociedades que hubieran emitido valores a cotización en un mercado regulado de cualquier Estado miembro de la UE y que publiquen únicamente cuentas anuales individuales están obligadas a informar de las principales variaciones que se originarían en el patrimonio neto en la memoria y en la cuenta de pérdidas y ganancias si se hubieran aplicado las normas internacionales de información financiera adoptadas por los reglamentos de la UE, indicando los criterios de valoración aplicados (art. 537 LSC).

## 5. Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles

### 5.1. Consideraciones generales

Según establece la propia Exposición de Motivos de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (LMESM), la norma resulta fundamental, por su sensibilidad, para responder adecuadamente al creciente proceso de internacionalización de los operadores económicos.

Además, la ley no se centra únicamente en las fusiones intracomunitarias, sino que, por el contrario, contempla expresamente las fusiones de sociedades españolas con otras extracomunitarias.

Junto a la regulación de las modificaciones estructurales (transformación, fusión, escisión, a las que se une también la cesión global del activo y el pasivo societarios), la ley regula el traslado del domicilio de sociedades mercantiles españolas al extranjero y el traslado a domicilio español del domicilio de sociedades constituidas de acuerdo con la ley de otros Estados.

En efecto, en primer lugar, se debe destacar que la LMESM supone una unificación y ampliación del régimen jurídico de las mencionadas «modificaciones estructurales», entendidas como aquellas alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad, incluyendo expresamente la transformación, la fusión, la escisión y la cesión global del activo y del pasivo.

Tendremos ocasión de comprobar que en muchos de los preceptos, como también se indica en la Exposición de Motivos, el criterio seguido por el legislador en esta materia era el recogido en la hoy derogada Ley de sociedades de responsabilidad limitada (LSRL). Se trata, en muchas ocasiones, de criterios más flexibles y menos restrictivos que los empleados en la también derogada Ley de sociedades anónimas (LSA). En esta materia, la importancia de la LMESM reside por último en que ofrece una unificación del régimen jurídico de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, basándose en el modelo de las sociedades de capital, pero que resultará aplicable a toda sociedad mercantil, por su objeto (en el caso de las sociedades personalistas) o por su forma, por el tipo social adoptado (caso de las sociedades de capital) (*cf.* art. 2 LMESM).

## 5.2. La transformación de la sociedad

### 5.2.1. Finalidad y tipos de transformación

La transformación de las sociedades mercantiles supone la modificación del régimen jurídico aplicable a la sociedad porque se adopta el propio de otro tipo social, pero siempre conservando la personalidad jurídica de la sociedad (art. 3 LMESM). Por tanto, se debe diferenciar la transformación social de la disolución con liquidación de una sociedad y constitución de una sociedad nueva.

El artículo 4 LMESM especifica cuáles serán los supuestos posibles de transformación, incorporando aquí, como en otras normas, los criterios más amplios de la LSRL. En concreto, los supuestos de transformación que se pueden dar en la práctica, y que quedan sometidos a la aplicación de las normas de la ley, son los siguientes:

- En primer lugar se establece, como regla general, que una sociedad mercantil inscrita se podrá transformar en cualquier otro tipo de sociedad mercantil. El hecho de que la sociedad se encuentre en liquidación no impide que se pueda transformar en otro tipo social, siempre y cuando no hubiera empezado la distribución de su patrimonio entre los socios (art. 5 LMESM).
- Una sociedad mercantil inscrita, así como una AEIE (agrupación europea de interés económico), podrán transformarse en AIE. Y una AIE podrá transformarse en cualquier tipo de sociedad mercantil y en AEIE.
- Una sociedad civil podrá transformarse en cualquier tipo de sociedad mercantil.
- Una sociedad anónima podrá transformarse en sociedad anónima europea (SAE). Y una SAE podrá transformarse en sociedad anónima. En este caso, la operación se registrará por las normas contenidas en el Reglamento (CE) 2157/2001, y normas de desarrollo, así como por la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas (art. 6 LMESM).
- Una sociedad cooperativa podrá transformarse en sociedad mercantil, y una sociedad mercantil inscrita en sociedad cooperativa. El régimen aplicable será en este caso el de la legislación especial aplicable (art. 7.1 LMESM).
- Una sociedad cooperativa podrá transformarse en sociedad cooperativa europea y una sociedad cooperativa europea podrá transformarse en sociedad

cooperativa, rigiéndose en estos casos por el Reglamento (CE) 1435/2003 y normas de desarrollo.

En relación con esta lista de supuestos posibles de transformación, que se ha de entender cerrada o excluyente en todo caso de otros supuestos de transformación que afecten a sociedades mercantiles, solo se aprecia la variación, respecto del artículo 87.2 LSRL, en el hecho de que la sociedad de responsabilidad limitada con objeto civil podía transformarse en sociedad civil, posibilidad que no se incluye en la ley, tal vez por limitar su ámbito de aplicación a las sociedades mercantiles.

### **5.2.2. El acuerdo de transformación**

La competencia para acordar la transformación social, dada la trascendencia de la modificación del régimen jurídico de la sociedad que comporta, es exclusiva de la junta de socios (art. 8 LMESM), acuerdo que se tendrá que adoptar con los requisitos y formalidades establecidos en el régimen propio de la sociedad que se transforma y que deberá contener la aprobación del balance de la sociedad presentado para la transformación, con las modificaciones que en su caso resulten adecuadas, así como las menciones exigidas para la constitución de la sociedad cuyo régimen sea adoptado por la sociedad transformada (art. 10 LMESM).

Se plantea aquí una cuestión como es la posibilidad de adoptar el acuerdo de transformación mediante un acuerdo sin reunión de junta, es decir, mediante un acuerdo incluso unánime de los socios (supuesto de modificación del contrato social a las sociedades personalistas), pero sin necesidad de convocar una junta a tal efecto.

Parece que, teniendo en cuenta lo que se establece en el artículo 9 LMESM, esta posibilidad queda vetada. De hecho, con la convocatoria de la junta, los administradores habrán de poner a disposición de los socios una serie de informaciones en el domicilio social, si bien podrán solicitar su envío o entrega gratuitos, incluso por medios electrónicos: el informe de los administradores sobre la operación; el balance de la sociedad a transformar, que se tendrá que haber cerrado dentro de los seis meses anteriores a la fecha prevista para la reunión, junto con las modificaciones que este hubiera podido sufrir en el periodo transcurrido; el informe sobre este balance elaborado por el auditor de cuentas, si la sociedad estuviera obligada a auditar sus cuentas, y el proyecto de escritura o estatutos de la sociedad que resulte de la transformación, así como otros pactos sociales que vayan a constar en documento público.

Solo se exceptúa la obligación de proporcionar esta información al socio, una vez solicitada, cuando se trate de una junta universal, que, como es sabido, no precisa de previa convocatoria y que el acuerdo se adopte por unanimidad.

Pero en ningún caso se establece que las sociedades en las que el acuerdo se tenga que adoptar por unanimidad, puedan prescindir de la reunión en junta, de forma que no cabría una toma del acuerdo sin junta.

Igualmente, los pactos que hayan de constar en documento público serán pactos parasociales, a los cuales se debe dar publicidad obligatoriamente si estamos ante sociedades cotizadas, pero también, por ejemplo, de los protocolos familiares (definidos como el conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que mantienen vínculos familiares, respecto de una sociedad no cotizada en la que tengan un interés común en orden a conseguir un modelo de comunicación y consenso en la adopción de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad), cuya publicidad se encuentra actualmente regulada por el Real decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares.

### **5.2.3. Tutela de los socios y de los titulares de derechos especiales**

El artículo 11 LMESM continúa estableciendo que la transformación por sí sola no liberará a los socios del cumplimiento de sus obligaciones ante la sociedad, como, por ejemplo, la de abonar o pagar los dividendos pasivos pendientes de desembolso. De hecho, el párrafo 2 de este artículo establece que si el nuevo tipo social exigiera el desembolso íntegro del capital social, se deberá proceder al desembolso con carácter previo al acuerdo de transformación o, en su caso, a una reducción de capital con el fin de condonar los dividendos no pagados.

Si se efectúan los desembolsos pendientes, su realidad se tendrá que acreditar ante el notario autorizante de la escritura pública de la manera que se exija para el tipo social resultante de la transformación –debe entenderse en este caso–, y los documentos acreditativos se incorporarán a la escritura en original o testimonio. De hecho, como ya se contemplaba en la legislación hoy derogada sobre sociedades anónimas y limitadas (arts. 232 LSA y 92.3 LSRL), subsistirá la responsabilidad personal e ilimitada por las deudas sociales anteriores a la transformación cuando una sociedad personalista se transforme en sociedad con responsabilidad limitada para los socios, siempre y cuando los acreedores no hubieran aprobado expresamente la transformación. La única diferencia apreciable entre el tenor de la LSA y la LSRL en este punto residía en que en la LSRL (*cf.* art. 92.3 LSRL) se recogía un periodo de prescripción de este sistema de responsabilidad, que era de cinco años desde la publicación de la transformación en el BORME, criterio que ha sido adoptado también como general en la ley que nos ocupa (art. 21.2 LMESM).

Cuando los socios pasen a tener una responsabilidad personal e ilimitada por las deudas sociales, responderán del mismo modo de las deudas anteriores a la transformación (art. 21.1 LMESM). La transformación de la sociedad supone la continuidad de la personalidad jurídica de la sociedad y, en principio, el mantenimiento de la participación social de cada uno de los socios, a no ser

que su alteración provenga del consentimiento de todos aquellos socios que continúen formando parte de la sociedad tras la transformación (por ejemplo, no aquellos que ejerciten el derecho de separación; *cf.* art. 15 LMESM).

La ley plantea expresamente la situación de los socios industriales, cuando la transformación tenga como resultado un tipo social incompatible con su naturaleza, y en el artículo 12.2 establece que en este caso su participación en el capital será la que corresponda a la cuota de participación que les hubiera sido asignada en la escritura social y, en defecto de esta mención, la participación será resultado del acuerdo de todos los socios, reduciéndose proporcionalmente la participación del resto de socios. Parece aquí el legislador olvidar que para el reparto de beneficios (que no de pérdidas), el CCo, en su artículo 140, establecía que el socio industrial participa en los beneficios igual que el socio capitalista de menor aportación, de forma que, salvo que las partes establecieran un acuerdo diferente en la escritura social, el socio industrial tenía asignada una cuota de participación (aunque solo para recibir beneficios, puesto que, a no ser que se hiciera constar así, el socio industrial no participa en las pérdidas; *cf.* art. 141 CCo). La subsistencia, en su caso, de la obligación personal del socio industrial en la sociedad una vez transformada, si no es posible reconocer en ella socios de este tipo, exigirá el consentimiento del socio afectado y se tendrá que instrumentar como prestación accesoria, constando sus condiciones en los estatutos sociales.

La ley se ocupa también de establecer cuáles son las condiciones si una sociedad mercantil que ha emitido obligaciones u otros valores (por ejemplo, una sociedad anónima), se transforma en otro tipo social incompatible con esta situación (por ejemplo, una sociedad de responsabilidad limitada). El artículo 13 establece expresamente que, en este caso, tan solo podrá acordarse la transformación si previamente la sociedad hubiera procedido a la amortización o a la conversión, en su caso, de las obligaciones emitidas.

Además de la transformación en otro tipo social, el acuerdo de transformación puede ir acompañado de otras modificaciones, como, por ejemplo, la incorporación de nuevos socios (art. 17.1 LMESM), especificando el artículo 17.2 que si la transformación va acompañada de la modificación del objeto, del domicilio, del capital social u otros extremos de la escritura o los estatutos, tendrán que observarse los requisitos específicos de estas operaciones de acuerdo con las normas reguladoras del nuevo tipo social. Por tanto, también se refiere al establecimiento de un nuevo órgano de administración, que se deberá regir por las normas de la sociedad transformada.

La publicación del acuerdo de transformación se realizará una vez en el BORME y en uno de los diarios de gran circulación en la provincia en que la sociedad tenga su domicilio (art. 14.1 LMESM). De hecho, el criterio que se ha impuesto ha sido el de la flexibilización de la obligación de publicar el acuerdo (la LSA, en el art. 224 obligaba, a publicar tres veces; el art. 90 LSRL solo una). Además, el artículo 14.2 LMESM establece expresamente que la publicación no

será necesaria cuando el acuerdo se comunique individualmente por escrito a todos los socios, y, en su caso, a los titulares de derechos especiales distintos de las acciones, participaciones o cuotas que no se puedan mantener tras la transformación. El medio de comunicación será cualquiera que asegure la recepción en el domicilio que figure en la documentación de la sociedad, así como a todos los acreedores en los domicilios que hubieran puesto en conocimiento de la sociedad o, en su defecto, en sus domicilios legales (por ejemplo, correo certificado con confirmación del recibo, conducto notarial, burofax, etc.).

Se reconoce un derecho de separación a los socios y un derecho de oposición a los titulares de derechos especiales distintos de las acciones, de las participaciones o de las cuotas que no se puedan mantener tras la transformación. En concreto, el artículo 15 establece que los socios que no han votado a favor del acuerdo podrán separarse de la sociedad que se transforma, de acuerdo con la regulación prevista para el derecho de separación en la LSRL (arts. 95 y sigs.). Si se trata de socios que por efecto de la transformación tuvieran que asumir una responsabilidad personal por las deudas sociales y no hubieran votado a favor del acuerdo de transformación, quedarán automáticamente separados de la sociedad, si no se adhieren de manera fehaciente dentro del plazo de un mes desde la fecha de su adopción si asistieron a la junta, o desde su comunicación si no hubieran asistido. Así, pues, ¿parece que en este caso se deberá comunicar expresamente el acuerdo a estos socios, no bastando con la publicación prevista en el artículo 14.1 LMESM, o deberá entenderse que ha sido una omisión involuntaria del legislador y que, por tanto, siguiendo lo que también establecían con anterioridad la LSA (art. 225) y la LSRL (art. 97.1), si no se ha procedido a sustituir la publicación por la comunicación escrita a los socios, bastará con la publicación, a partir de la cual se contará el plazo de un mes? No obstante, dado que se trata de una norma que garantiza el derecho de información del accionista, optaríamos por la primera de las interpretaciones propuestas.

La valoración de las partes sociales correspondiente a los socios que se separen se hará de acuerdo con la LSC (actualmente es el art. 353 LSC el que contiene la norma del derogado art. 100 LSRL). De esta forma, las partes sociales de los socios que se separan serán valoradas, a falta de acuerdo de los socios, por un auditor de cuentas nombrado por el registrador mercantil del domicilio social. El derecho de oposición se reconoce a los titulares de derechos especiales diferentes de las acciones, de las participaciones o de las cuotas, que no se puedan mantener tras la transformación (por ejemplo, los titulares de obligaciones cuando la transformación es de sociedad anónima a sociedad de responsabilidad limitada). La transformación no podrá tener lugar si, dentro del mes siguiente a la publicación en el BORME del acuerdo de transformación o de la entrega de la comunicación individual por escrito, estos se opusieron (en este caso sí que se distingue según el sistema de publicidad seguido al supuesto concreto). La oposición no tendrá ningún efecto si el socio en cuestión hubie-

ra previamente votado a favor de la transformación. Por tanto, debe tratarse de socios que hubieran votado en contra o que no hubieran estado presentes en la junta que tratara sobre la transformación social.

#### **5.2.4. Escritura de transformación e inscripción en el RM**

Finalizando con el procedimiento de transformación, la LMESM, en su artículo 18, dispone que la escritura pública de transformación tendrá que ser otorgada por la sociedad y por todos los socios que pasen a responder personalmente de las deudas sociales, de acuerdo con lo que se disponía en el artículo 89 LSRL. La escritura pública de transformación tendrá que ajustarse, en cuanto a su contenido, a lo establecido en la normativa propia del tipo resultante de la transformación, y, en concreto, debe contener la relación de socios que hubieran hecho uso del derecho de separación y el capital que representen, así como la cuota, las acciones o las participaciones que se atribuyan a cada uno de los socios en la sociedad transformada.

En caso de que la normativa propia del tipo transformado así lo contemplara, es necesario incorporar a la escritura el informe de los expertos independientes sobre el patrimonio social (como el art. 89, *in fine* LSRL). A todos los efectos, se establece la eficacia constitutiva de la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura pública de transformación, de forma que esta solo tendrá eficacia a partir de dicho momento (art. 19 LMESM, como el art. 90.1.2.º LSRL). Deberá manifestarse, no obstante, la importancia de la publicación en el BORME de la inscripción a efectos de terceros.

Por último, el artículo 20 de la ley establece que la transformación, una vez inscrita, podrá ser impugnada en el plazo de tres meses, plazo, que, por tanto, se deberá contar desde la fecha de la inscripción en el RM, y no desde la de publicación de la inscripción del acuerdo de transformación en el BORME.

### **5.3. La fusión de sociedades mercantiles**

#### **5.3.1. Concepto y clases de fusión**

La fusión es un procedimiento que, desde el punto de vista económico, tiende a la concentración e integración de empresas que, a su vez, viene impuesta por la racionalización de la producción y por las exigencias de la competencia. Ello conlleva un aumento del tamaño de las empresas e impone la necesidad de recurrir a estas operaciones que tienen una evidente finalidad de concentración empresarial.

Desde el punto de vista jurídico, la fusión es un procedimiento por el que dos o más sociedades agrupan sus patrimonios y sus socios en una sociedad única, previa extinción de todas las sociedades participantes en la fusión (fusión por creación de sociedad nueva), o previa disolución de todas menos una, que absorberá a las demás (fusión por absorción) (cf. art. 22 LMESM).

La fusión por creación de una sociedad nueva supone que dos o más sociedades agrupan sus patrimonios y sus accionistas en una sociedad que se crea para este propósito de agrupar a todas las sociedades disueltas. Por otra parte, en la fusión por absorción, una de las sociedades participantes en la fusión no se disuelve y pasa a absorber los patrimonios y los socios de las restantes, previo aumento de su capital y la disolución de las restantes sociedades (art. 23 LMESM).

Por otra parte, nada impide que la fusión tenga lugar entre sociedades de distinta naturaleza, y entonces se habla de fusiones mixtas o heterogéneas. Estas fusiones carecen de un régimen jurídico propio, por lo que se plantean numerosos problemas en cuanto a su procedimiento, requisitos y régimen de la fusión.

En la actualidad, la LMESM contempla varios supuestos especiales de fusión:

- El regulado en el artículo 28 LMESM, sobre fusión de sociedades en liquidación, conforme al cual se establece la posibilidad de que estas se fusionen, siempre y cuando no hubiera comenzado la distribución de su patrimonio entre los socios.
- El del artículo 35 LMESM (fusión apalancada o *leveraged buy-out*), supuesto en el que alguna de las sociedades participantes en la fusión contrajo deudas en los tres años inmediatamente anteriores a la operación, para adquirir el control de otra que participa en la fusión o para adquirir activos esenciales para su normal explotación, o de gran importancia por su valor patrimonial. En este caso, el precepto prevé un contenido especial del proyecto de fusión, así como del informe de los administradores y de los expertos (deben referirse a esta situación previa). En este caso, resulta imprescindible además el informe de los expertos, aun cuando se tratara de un acuerdo unánime de fusión.
- El artículo 49 LMESM contempla también la absorción de una sociedad íntegramente participada, y se prevé para este supuesto una mayor simplicidad del procedimiento (menor contenido del proyecto de fusión; no son necesarios los informes de administradores y expertos, salvo que se trate de fusión transfronteriza comunitaria o si la sociedad absorbente fuera titular de forma indirecta de todas las acciones o participaciones en que se divide el capital de la absorbida; no se efectuará tampoco aumento de

capital de la absorbente, ni se requiere la aprobación de la fusión por las juntas generales de la sociedad o sociedades absorbidas.

- Absorción de una sociedad participada al noventa por ciento o más, pero no de la totalidad del capital, en cuyo caso el artículo 50 LMESM prevé que no serán necesarios los informes de administradores y expertos, siempre que en el proyecto de fusión se ofrezca por la sociedad absorbente a los socios de las sociedades absorbidas la adquisición de sus acciones o participaciones sociales, estimadas en su valor razonable, dentro de un plazo determinado que no podrá ser superior a un mes desde la fecha de inscripción de la absorción en el Registro Mercantil. Sí será necesario el informe en caso de fusión transfronteriza comunitaria. Para este supuesto, los artículos 50 y 51 prevén igualmente un procedimiento de fusión simplificado, siempre y cuando se cumpla con las exigencias de publicidad y demás requisitos establecidos por la ley, permitiendo siempre a la minoría de socios (1%) la solicitud de convocatoria de junta de la sociedad absorbente por los administradores para que en ella se apruebe la fusión, aun cuando con carácter general puede obviarse esta convocatoria si se cumplen las exigencias establecidas en la norma.
- Supuestos asimilados a la absorción de sociedades íntegramente participadas son la fusión de sociedades íntegramente participadas de forma directa o indirecta por el mismo socio, así como la fusión por absorción cuando la sociedad absorbida fuera titular de forma directa o indirecta de todas las acciones o participaciones de la sociedad absorbente.

Con carácter general, el artículo 53 LMESM considera operación asimilada a la fusión, que consiste en la extinción de una sociedad, que transmite en bloque su patrimonio a la sociedad que posee la totalidad de sus acciones, participaciones o cuotas.

El procedimiento de fusión debe también diferenciarse de las denominadas «fusiones impropias», supuestos en los que los socios, para no someterse a las normas rígidas de la fusión, optan por otros procedimientos existentes en la práctica de los negocios, como la transmisión de todo el patrimonio de una sociedad a otra, la venta-fusión, o la transmisión o venta de todas las acciones de una sociedad (o de un paquete de control).

### **5.3.2. Presupuestos de la fusión**

Para que podamos hablar de fusión, son requisitos o presupuestos los siguientes:

- Que se produzca la disolución de una, de varias o de todas las sociedades participantes en el procedimiento de fusión. Estas sociedades se extinguirán y su patrimonio y socios se integrarán en otra sociedad, bien sea de nueva creación o la sociedad absorbente. Ello conllevará que las juntas ge-

nerales de las sociedades implicadas en la operación deberán adoptar los correspondientes acuerdos al respecto (cf. arts. 23, 40 y 42 LMESM).

- Que se transmitan en bloque los patrimonios de las sociedades disueltas. Precisamente lo que se pretende es que el patrimonio se transmita de modo universal, en unidad de acto y de título adquisitivo (art. 23 LMESM).
- Que no se liquiden las sociedades disueltas. La disolución de las sociedades participantes en la fusión no puede generar la liquidación de los patrimonios de cada una de las sociedades fusionadas (art. 23 LMESM).
- Agrupación de todos los socios en una única sociedad resultante de la fusión, de modo que se tenga que entregar a sus accionistas acciones de la nueva sociedad o de la absorbente (que previamente ha aumentado su capital), ocupándose con profusión la ley del tipo de canje de las acciones (que debe establecerse sobre la base del valor real de su patrimonio, conforme establece el art. 25 LMESM).

### **5.3.3. El procedimiento legal de fusión**

La LMESM, al igual que hacía la LSA, contempla con detalle el procedimiento de fusión, que se estructura en las siguientes partes:

#### **a) Preparación de la fusión: el proyecto de fusión**

La iniciativa del proyecto de fusión corresponde por lo usual a los administradores, aun cuando podría provenir igualmente de un acuerdo de junta general de una o varias de las sociedades integrantes del futuro proyecto de fusión.

Los órganos de administración de todas las sociedades suscribirán el proyecto de fusión que les va a obligar internamente, pues no pueden hacer nada que dificulte la aprobación posterior del proyecto (art. 30.2 LMESM). El proyecto les vincula durante el plazo de seis meses, quedando sin efecto si las juntas generales respectivas no hubieran aprobado el proyecto en dicho plazo (art. 30.3 LMESM).

El artículo 31 LMESM contempla el contenido mínimo del proyecto de fusión, que resulta de gran trascendencia para las sociedades implicadas en el proyecto.

El artículo 32 LMESM prevé un régimen específico de publicidad del proyecto de fusión, estableciendo que los administradores están obligados a presentar un ejemplar del proyecto común de fusión para su depósito en el Registro

Mercantil correspondiente a cada una de las sociedades que participan en la fusión. Efectuados el depósito y la calificación del registrador, este comunicará el depósito y su fecha al Registro Mercantil central.

Con anterioridad al depósito no podrá convocarse junta general para resolver sobre la fusión, salvo que se trate de la celebración de junta universal (art. 32.1 LMESM). Esta última mención no parece muy adecuada, dado que la junta universal, como es sabido, no requiere convocatoria formal (sí se efectúa normalmente una convocatoria oficiosa), por lo que parece que el legislador piensa que esta norma no se aplica a la junta universal, en cuya convocatoria oficiosa no se ha de respetar la regla establecida en el precepto.

En todo caso, en el anuncio en el BORME deberán constar la denominación, el tipo social y el domicilio de las sociedades que se fusionan, así como sus datos registrales.

#### **b) Informe de expertos independientes y de los administradores sobre el proyecto de fusión**

Según el artículo 33 LMESM, los administradores de todas las sociedades que participan en la fusión elaborarán un informe explicando y justificando de forma detallada el proyecto común de fusión en sus aspectos jurídicos y económicos, con especial referencia al tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas y a las especiales dificultades de valoración que pudieran existir, así como las implicaciones de la fusión para los socios, los acreedores y los trabajadores.

La ley exige que, dada la naturaleza de la operación de fusión, uno o varios expertos independientes por cada sociedad (si se trata de sociedades anónimas o comanditarias por acciones; *cf.* art. 34.1 LMESM) o uno o varios por todas ellas, cuando así lo acuerden sus órganos de administración, emitirán un informe sobre el proyecto de fusión.

Estos expertos serán nombrados por el registrador mercantil del domicilio social de cada sociedad, y en el caso de tratarse del supuesto de único experto, lo nombrará el registrador mercantil del domicilio de la sociedad resultante de la fusión o de la sociedad absorbente (art. 34.1 LMESM). En el desempeño de su función, los expertos podrán recabar todas las informaciones y documentos que crean útiles y proceder a todas las verificaciones que estimen necesarias (art. 34.2 LMESM). El artículo 34.3 LMESM se refiere al contenido del informe del experto, que se referirá al canje de las acciones, participaciones o cuotas de los socios, a los métodos de su establecimiento y a si el patrimonio aportado por las sociedades que se extinguen es igual, al menos, al capital de la nueva sociedad o al aumento de capital de la absorbente (art. 34.3 LMESM).

Los expertos asumen idéntica responsabilidad que los auditores de cuentas de la sociedad, quedando exonerados si acreditan su diligencia y, dice la ley, los estándares propios de la actuación encomendada (art. 34.4 LMESM). Evidentemente, en relación con esta norma debemos comentar que la diligencia debida a su función no es la ordinaria, sino la propia de su actividad de peritos, por lo que la referencia a los estándares de la norma no debe llevar a pensar en unos requisitos adicionales o externos a la obligación de cumplir su función diligentemente que se impone a este tipo de profesionales.

El informe de los expertos se compone de dos partes, según dispone el artículo 34.4 LMESM: en la primera deberán exponer los métodos seguidos por los administradores para establecer el tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas de los socios de las sociedades que se extinguen, explicar si esos métodos son adecuados, con expresión de los valores a los que conducen y, si existieran, las dificultades especiales de valoración, y manifestar la opinión de si el tipo de canje está o no justificado; en la segunda deberán manifestar la opinión de si el patrimonio aportado por las sociedades que se extinguen es igual, al menos, al capital de la nueva sociedad o al importe del aumento del capital de la sociedad absorbente. El informe se compondrá únicamente por la segunda parte cuando en todas las sociedades que participen en la fusión así lo hubieran acordado todos los socios con derecho de voto y, además, todas las personas que, en su caso, según la ley o los estatutos, fueran titulares de este derecho, o cuando la sociedad absorbente fuera titular de forma directa o indirecta de todas las acciones o participaciones en que se divida el capital social de la sociedad o sociedades absorbidas (art. 34.5 LMESM).

El informe no será necesario en el supuesto de sociedades íntegramente participadas, siempre que no sea la sociedad absorbente la titular indirecta de todas las acciones o participaciones de la sociedad o sociedades absorbidas (art. 49.1.2.º LMESM). Sí será imprescindible el informe de expertos en el supuesto de fusión posterior a una adquisición de sociedad con endeudamiento de la adquirente (*leveraged buy-out*), recogido en el artículo 35 LMESM, y al que se ha hecho referencia como supuesto especial de fusión. En este supuesto, además, el informe de los expertos deberá contener un juicio sobre el carácter razonable o no de las indicaciones contenidas en el proyecto de fusión y el informe de los administradores (relativas a la obtención previa del control de la adquirente y a su endeudamiento por este motivo), determinando además si existe asistencia financiera.

### c) El balance de fusión

Será considerado balance de fusión el último balance de ejercicio aprobado, siempre que se hubiera cerrado dentro de los seis meses anteriores a la fecha del proyecto de fusión (y no como se indicaba en la legislación anterior, desde la fecha de celebración de la junta; téngase en cuenta además que en la actualidad, para algunos de los supuestos de fusión, se permite excluir el acuerdo en junta). Para el caso de que el último balance aprobado no cumpliera con

esta condición, será necesario elaborar un balance cerrado con posterioridad al primer día del tercer mes precedente a la fecha del proyecto de fusión, siguiendo los mismos métodos y criterios de presentación del último balance anual, pudiendo en cualquier caso modificar las valoraciones en el último balance comprendidas, atendiendo a las modificaciones importantes del valor razonables que no aparezcan reflejados en él (art. 36 LMESM), aspecto sobre el que recae un importante deber de información de los administradores, ya que deberá integrarse en su informe sobre el proyecto de fusión.

El balance de fusión y sus modificaciones anteriores deberán ser verificados por el auditor de cuentas de la sociedad cuando exista obligación de auditarlas, y deberá ser sometido a la aprobación de la junta de socios que resuelva sobre la fusión, a cuyos efectos deberá mencionarse expresamente en el orden del día de la junta (art. 37 LMESM). Evidentemente, en aquellos supuestos especiales recogidos por la LMESM, para los que no es necesario la aprobación del proyecto de fusión por la junta, no se procederá a esta aprobación del balance por este órgano social.

El balance de fusión puede ser impugnado, si bien la impugnación no podrá suspender por sí sola la ejecución de la fusión.

El socio que se considere perjudicado por la relación de canje establecida podrá solicitar al registrador mercantil del domicilio social la designación de experto independiente que fije la cuantía de la indemnización compensatoria, si se hubiera previsto en los estatutos o se hubiera decidido expresamente por las juntas que acuerden la fusión o la escisión. La solicitud al registrador mercantil se efectuará en el plazo de un mes desde la fecha de publicación del acuerdo de fusión o escisión en el BORME, sustanciándose por las reglas establecidas en el Reglamento del Registro Mercantil.

#### **d) Convocatoria de la junta general e información preceptiva**

La publicación o comunicación individual de la convocatoria de la junta deberá poner los documentos contenidos en el artículo 39.1 LMESM a disposición de los socios, obligacionistas y titulares de derechos especiales, así como de los representantes de los trabajadores, para su examen en el domicilio social, aunque tanto los socios como los representantes de los trabajadores pueden pedir la entrega o el envío gratuito de copia de los documentos (art. 39.2 LMESM). Sobre los administradores recae además la obligación de comunicar las modificaciones importantes del activo o el pasivo acaecidas en cualquiera de las sociedades que se fusionan, entre la fecha de redacción del proyecto de fusión y la de la reunión de junta que tenga que aprobarla, debiendo trasladar dicha información a los administradores de las restantes entidades implicadas en la fusión (art. 39, 3 LMESM).

La publicación o comunicación individual de la convocatoria se debe realizar con una antelación mínima de un mes a la fecha de celebración de la junta, en la que se deberán incluir las menciones exigidas del proyecto de fusión, así como el derecho de todos los socios, obligacionistas y titulares de derechos especiales a consultar en el domicilio social los documentos indicados en el artículo 39 LMESM. Parece aquí involuntario el olvido de los representantes de los trabajadores, quienes además gozan del derecho de solicitar el envío de copia de dicha documentación (arts. 40 y 39.2 LMESM).

Cuando la fusión suponga la creación de una nueva sociedad, el acuerdo de fusión deberá incluir las menciones legalmente exigidas para su constitución (art. 40.3 LMESM).

#### **e) Los acuerdos de fusión**

Las juntas generales de cada una de las sociedades participantes en la fusión deberán adoptar el acuerdo de fusión, ajustándose al proyecto de fusión, dado que la modificación del proyecto equivaldría a su rechazo (art. 40.1 LMESM).

El régimen de mayorías será el reforzado del artículo 103 LSA y el 53.2.b LSRL. Si las sociedades participantes o la sociedad resultante no son anónimas o comanditarias por acciones y el acuerdo de fusión se hubiera adoptado en junta de socios con la asistencia o representación de todos ellos y por unanimidad, no se aplicarán las normas generales vistas sobre proyecto y balance de fusión, ni sobre la información sobre la fusión del artículo 39, ni tampoco las contenidas en el artículo 40.1 y 2 LMESM (adopción del acuerdo, publicación de la convocatoria de la junta y comunicación a los socios del proyecto de fusión). Esta circunstancia en ningún caso supondrá merma del derecho de información que corresponde a los representantes de los trabajadores (art. 42 LMESM).

El artículo 41 LMESM establece determinadas exigencias especiales al acuerdo de fusión, en el sentido de que exigirá además el consentimiento de todos los socios que pasen a responder ilimitadamente de las deudas sociales, así como de los socios de las sociedades que se extingan que hayan de asumir obligaciones personales en la sociedad resultante. Igualmente, se exigirá consentimiento individual de los titulares de derechos especiales distintos de las acciones o participaciones cuando no disfruten, en la sociedad resultante de la fusión, de derechos equivalentes a los que les correspondían en la sociedad extinguida, a no ser que la modificación de esos derechos hubiera sido aprobada por la asamblea de esos titulares.

#### **f) La publicación del acuerdo**

Conforme al artículo 43 LMESM, el acuerdo de fusión, una vez adoptado, se publicará en el BORME y en uno de los diarios de gran circulación en las provincias en las que cada sociedad tenga su domicilio. En el anuncio se hará constar el derecho que asiste a socios y acreedores de obtener el texto íntegro

del acuerdo adoptado y del balance de la fusión, así como el derecho de oposición que corresponde a los acreedores. Este sistema de publicación puede ser sustituido por la comunicación individual por escrito a todos los socios y acreedores mediante un procedimiento que asegure la recepción del mismo en el domicilio que figure en la documentación de la sociedad.

### **g) Derecho de oposición de los acreedores**

La fusión no podrá realizarse antes de un mes desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo por el que se aprueba la fusión o, en caso de comunicación por escrito a todos los socios y acreedores, del envío de la comunicación al último de ellos.

Dentro de este plazo, podrán oponerse a la fusión los acreedores de cada una de las sociedades que se fusionan cuyo crédito haya nacido antes de la fecha de publicación del proyecto de fusión, no haya vencido en ese momento y hasta que se les garanticen tales créditos. Es evidente que no gozarán del derecho de oposición aquellos acreedores cuyos créditos estén suficientemente garantizados.

Los obligacionistas podrán también ejercer el derecho de oposición en los mismos términos, salvo que la fusión hubiera sido aprobada por la asamblea de obligacionistas.

Cuando los acreedores tengan derecho de oposición, la fusión no se podrá llevar a cabo hasta que los acreedores que se oponen resulten garantizados o, en otro caso, hasta que se les notifique la prestación de fianza solidaria a su favor por una entidad de crédito debidamente habilitada para prestarla, que comprenda la total cuantía del crédito y hasta tanto no prescriba la acción para exigir su cumplimiento (art. 44 LMESM).

### **h) Escritura de fusión e inscripción en el Registro Mercantil**

El artículo 45 LMESM dispone que las sociedades que se fusionan elevarán el acuerdo de fusión adoptado a escritura pública, a la que se incorporará el balance de fusión. Si la fusión es por creación de sociedad nueva, la escritura deberá contener las menciones legalmente exigidas para su constitución; en tanto que si se trata de fusión por absorción, la escritura comprenderá las modificaciones estatutarias acordadas en la sociedad absorbente y el número, clase y serie de las acciones o las participaciones o cuotas que hayan de ser atribuidas en cada caso a cada uno de los nuevos socios (art. 45 LMESM, en el mismo sentido que la normativa de la LSA). Los artículos 227 a 230 RRM se refieren al concreto contenido de la escritura de fusión.

A continuación, la nueva sociedad deberá ser objeto de inscripción en el RM o, en su caso, en la hoja abierta a la sociedad absorbente se inscribirán las modificaciones estatutarias introducidas (art. 233 RRM). La inscripción registral de

la fusión tiene carácter constitutivo (arts. 46.1 LMESM y 233 RRM), de modo que a ella queda supeditada la eficacia de la fusión, sin perjuicio de los efectos atribuidos a la necesaria publicación en el BORME. Se procederá asimismo a la cancelación de los asientos registrales de las sociedades extinguidas (art. 46.2 LMESM).

#### **i) La impugnación de la fusión**

En sede de impugnación, la nueva ley establece, en su artículo 47, que ninguna fusión podrá ser impugnada tras su inscripción, siempre que se haya realizado conforme a las previsiones de la misma, quedando a salvo, dispone la norma, los derechos de los socios y de los terceros al resarcimiento de los daños y perjuicios causados. El plazo para ejercitar la acción caduca a los tres meses, contados desde el momento en que la fusión fue oponible a quien invoca la nulidad.

La sentencia de nulidad de la fusión se tendrá que inscribir en el RM y publicarse en el BORME, no afectando por sí sola a la validez de las obligaciones nacidas tras la inscripción de la fusión, a favor o a cargo de la sociedad absorbente o de la nueva sociedad surgida de la fusión.

De tales obligaciones, si son a cargo de la sociedad absorbente o de la nueva sociedad, responderán solidariamente las sociedades que participan en la fusión.

Si se trata de una fusión por creación de nueva sociedad se estará, además, al régimen de nulidad del tipo societario concreto (art. 47.3 LMESM).

#### **j) Efectos de la fusión sobre la responsabilidad de los socios**

Los socios responsables personalmente de las deudas sociales de las sociedades extinguidas por la fusión continuarán respondiendo de estas deudas de la misma forma, salvo que los acreedores sociales hubieran consentido expresamente la fusión (art. 48 LMESM). La responsabilidad personal de estos socios prescribirá a los cinco años desde la publicación de la fusión en el BORME.

### **5.3.4. Las fusiones transfronterizas intracomunitarias**

La LMESM define, en su artículo 54, estas fusiones como aquellas fusiones de sociedades de capital constituidas de conformidad con la legislación de un Estado parte del Espacio Económico Europeo y cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro del Espacio Económico Europeo, cuando, interviniendo al menos dos de ellas sometidas a la legislación de Estados miembros diferentes, una de las sociedades que se fusionen esté sujeta a la legislación española.

Las sociedades de capital sujetas a la legislación española que pueden participar en una operación de esta naturaleza son las sociedades anónimas, las sociedades comanditarias por acciones y las de responsabilidad limitada (art. 54.2 LMESM).

La ley excluye de su ámbito de aplicación las fusiones transfronterizas en las que participe una sociedad cooperativa o una sociedad de inversión colectiva de capitales obtenidos del público y su funcionamiento esté sometido al principio de reparto de los riesgos (art. 56 LMESM).

De otro lado, la ley prevé expresamente que el Gobierno español pueda imponer condiciones por razones de interés público a este tipo de fusiones cuando una de las sociedades esté sujeta a la ley española (art. 58 LMESM), apreciándose aquí de nuevo la conexión entre la legislación societaria y la reguladora del mercado, o el derecho de la competencia.

La ley establece una serie de especialidades al procedimiento de fusión en este tipo de operaciones: amplía las menciones mínimas del proyecto de fusión (art. 59.2 LMESM); sobre el derecho de información de los socios y representantes de los trabajadores (art. 60 LMESM); se establece la posibilidad de que la aprobación de la fusión quede condicionada a la ratificación expresa de las condiciones establecidas para la participación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión (art. 61 LMESM); los socios de las sociedades españolas que voten en contra tienen derecho de separación si la sociedad resultante tiene su domicilio en otro Estado (art. 62 LMESM); aplicación de las mismas normas a la fusión de una sociedad de responsabilidad limitada (art. 63 LMESM); especiales funciones del registrador mercantil, tanto en cuanto a la emisión de certificaciones sobre la realización de los actos y trámites previos a la fusión por las sociedades españolas (art. 64 LMESM), como respecto al necesario control de legalidad si la sociedad resultante tiene su domicilio en España (art. 65 LMESM).

El artículo 66 se refiere a la necesaria publicidad e inscripción de la fusión, declarando aplicable la normativa sobre publicidad de las fusiones con carácter general. Se debe publicar en el BORME una indicación, para cada una de las sociedades fusionadas, de las condiciones de ejercicio de los derechos de los acreedores, y cuando proceda, de los socios de las sociedades que se fusionen, así como la dirección en que puedan obtener, sin coste, una información completa sobre esas condiciones.

Cuando la sociedad resultante tenga domicilio en España, el registrador mercantil notificará de inmediato la inscripción de la escritura de fusión a los Registros en que se encuentren inscritas las sociedades que se extingan por la fusión.

De gran relevancia resulta el reconocimiento de los derechos de implicación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión, que se definirán según el artículo 67 LMESM, conforme a la legislación laboral española, si la sociedad resultante de la fusión tuviera su domicilio en territorio nacional. En todo caso, los derechos de información y consulta de los trabajadores de la sociedad resultante de la fusión que presten sus servicios en centros de trabajo situados en España se regirán por la legislación laboral española, aun cuando la sociedad no tuviera su domicilio en España (art. 67.4 LMESM).

#### **5.4. La escisión de sociedades**

Como operación económica, la escisión puede obedecer a distintas finalidades, puesto que, dependiendo de la concreta modalidad de escisión ante la que nos encontremos, su objetivo podrá ser, en unos casos, la desconcentración de empresas y, en otros, su concentración.

De hecho, la escisión se manifiesta, de un lado, como la separación en dos o más partes del patrimonio de una sociedad (que se extingue) para aportarlas a una o varias sociedades nuevas o preexistentes; de otro, como la operación que consiste en segregar una o varias partes de una sociedad (que subsiste) para integrarlas en una o varias sociedades nuevas o preexistentes.

##### **5.4.1. Concepto y caracteres**

En la actualidad nuestro ordenamiento jurídico menciona, en el artículo 68 LMESM, tres tipos diferentes de escisión: la escisión total, la parcial y la segregación.

El artículo 69 entiende por escisión total la extinción de una sociedad, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente, recibiendo los socios un número de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde.

Por escisión parcial se entiende, según establece el artículo 70 LMESM, el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forma una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, recibiendo los socios de la sociedad escindida un número de acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde y reduciendo esta el capital social en la cuantía necesaria.

Finalmente, la LMESM introduce la segregación como un nuevo tipo de escisión, considerada por el artículo 71 como el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de

las cuales forma una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias. La norma plantea importantes problemas de interpretación, como por ejemplo la determinación del sentido que se tenga que dar a la expresión «unidad económica», o la no exigencia del mantenimiento como unidad económica también de la sociedad escindida tras la operación de escisión, que, según establece el artículo, podría devenir inoperativa.

Estas cuestiones son solo una muestra de los importantes problemas interpretativos que la aplicación (plausible, pero necesitada de mayor concreción) del régimen de la escisión podría producir en la práctica a la segregación. No obstante, en todo caso, el reconocimiento expreso de la operación de segregación como modificación estructural y el reconocimiento de que la transmisión opera por sucesión universal son de gran importancia para garantizar el buen éxito de estas operaciones societarias entre sociedades mercantiles.

En el artículo 72 LMESM se indica, finalmente, que las normas de la escisión serán igualmente de aplicación a la operación por la que una sociedad transmite en bloque su patrimonio a otra sociedad de nueva creación, recibiendo a cambio todas las acciones, participaciones o cuotas de socio de la sociedad beneficiaria. El artículo 68.1 LMESM dispone que las sociedades beneficiarias de la escisión podrán ser de un tipo mercantil diferente al de la sociedad que se escinde. Además, si la parte del patrimonio que se transmite en bloque está formada por una o varias empresas o establecimientos comerciales, industriales o de servicios, podrán ser atribuidas a la sociedad beneficiaria las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de la empresa que se traspa (art. 70.2 LMESM).

Con las especialidades contenidas a los artículos 73 y sigs. LMESM, es aplicable a la escisión el régimen jurídico de la fusión de sociedades, rigiéndose la escisión de sociedades mercantiles de diferente nacionalidad por lo que se establece en sus leyes personales. A la SAE se aplicará su régimen especial.

#### **5.4.2. Requisitos de la escisión**

Para poder hablar de escisión en sentido técnico-jurídico son necesarios los siguientes requisitos (Martínez Sanz):

- Que se segregue y aporte todo o parte del patrimonio de una sociedad a una o varias sociedades (arts. 69 y sigs. LMESM).
- Deberán entregarse las acciones o cuotas de la sociedad o sociedad beneficiarias a los accionistas de la sociedad escindida, que pasarán a ser socios de la sociedad beneficiaria en la proporción que les corresponda, determinada en los proyectos de escisión (arts. 69 y sigs. LMESM).

- En el caso de escisión parcial, la sociedad que se escinde tendrá que reducir el capital social en la cuantía que corresponda.
- Que la transmisión del patrimonio total o parcial de la sociedad escindida se haga en bloque o por transmisión universal (arts. 69 y sigs. LMESM).
- Que las acciones de la sociedad escindida se encuentren íntegramente desembolsadas (art. 68.3 LMESM).

### 5.4.3. Procedimiento de escisión

Por remisión a las normas sobre fusión, los administradores tendrán que elaborar un informe de escisión que contendrá, además de las menciones que para el proyecto de fusión establece el artículo 31 LMESM, la designación y, en su caso, el reparto de los elementos del activo y del pasivo que se deben transmitir a las sociedades beneficiarias; también el reparto entre los socios de la sociedad escindida de las acciones, participaciones o cuotas que les correspondan en el capital de las sociedades beneficiarias, así como el criterio en que se fundamenta dicho reparto. Esta mención, no obstante, no procederá en el caso de segregación (precisamente por la propia naturaleza de la operación), como establece el artículo 74 LMESM.

Los administradores de las sociedades participantes en la escisión deberán también emitir un informe sobre este proyecto, en el que se deberá expresar que se han emitido los informes sobre las aportaciones no dinerarias previstos en la ley para el caso de que las sociedades beneficiarias de la escisión sean anónimas o comanditarias por acciones, así como el Registro Mercantil en que estos informes se encuentren depositados o vayan a depositarse. Este informe de expertos independientes se encuentra regulado en el artículo 78 LMESM, aunque en la norma se prevé la posibilidad de que los administradores de todas las sociedades participantes en la escisión soliciten al registrador mercantil del domicilio de cualquiera de ellas que nombre un perito que elabore un único informe. E igualmente, es novedad de la LMESM la posibilidad de excluir el informe o informes de los peritos, si así lo acuerdan la totalidad de los socios con derecho de voto y, en su caso, quienes de acuerdo con la ley o los estatutos, pudieran ejercer legítimamente el derecho de voto, en cada una de las sociedades que participen en la escisión (*cf.* art. 78.3 LMESM).

Los administradores quedan obligados a comunicar a la junta de socios cualquier modificación importante del patrimonio posterior a la elaboración del proyecto de escisión, y antes de la fecha de celebración de la junta. En los casos de escisión por absorción, también deberán proporcionar dicha información los administradores de las sociedades beneficiarias, y estos a los administradores de la sociedad escindida, para que, a la vez, informen a la junta de socios.

#### **5.4.4. Tutela de los socios y de los acreedores**

El artículo 75 LMESM dispone que en el supuesto de escisión total, si un elemento del activo no se ha adjudicado a ninguna sociedad beneficiaria en el proyecto de escisión y su interpretación no permite decidir sobre el reparto, se distribuirá el elemento o su contravalor entre todas las sociedades beneficiarias de manera proporcional al activo atribuido a cada una de ellas. Si se trata de un elemento del pasivo, responderán solidariamente de él todas las sociedades beneficiarias. Para tutelar a los socios, el artículo 76 LMESM establece igualmente que, tanto en el supuesto de escisión total como en el de escisión parcial con pluralidad de sociedades beneficiarias, siempre que a los socios de la sociedad escindida no se les atribuyan acciones, participaciones o cuotas de todas las sociedades beneficiarias, los afectados deberán prestar su consentimiento individual. El artículo 80 LMESM establece expresamente que del cumplimiento de las obligaciones asumidas por una sociedad beneficiaria responderán solidariamente el resto de sociedades beneficiarias hasta el importe del activo neto atribuido en la escisión a cada una de ellas, y si la sociedad escindida no ha dejado de existir como consecuencia de la escisión, la propia sociedad escindida por la totalidad de la obligación (naturalmente esta responsabilidad se prevé en defecto de cumplimiento de la obligación por la sociedad beneficiaria que la contrajo). Del mismo modo, resulta aplicable a la escisión el régimen del artículo 246 LSA, relativo a la impugnación de la fusión, si bien esta impugnación solo será posible con posterioridad a la inscripción de la escisión en el Registro Mercantil.

#### **5.5. La cesión global del activo y el pasivo**

En la actualidad, entre las modificaciones estructurales la LMESM introduce la cesión global del activo y el pasivo societario (título IV, arts. 81 y sigs. LMESM). Esta operación, tradicionalmente arraigada en la liquidación de la sociedad, ha pasado a estar considerada modificación estructural, permitiéndose de esta forma la transmisión universal del patrimonio de la sociedad a otras sociedades para recibir a cambio una contraprestación distinta a las acciones, participaciones o cuotas de capital de la otra sociedad (supuesto que podríamos, según los casos, calificar de fusión o escisión de sociedades).

Con anterioridad, ya algunos autores, directa o indirectamente, defendían su naturaleza de modificación estructural (en relación, por ejemplo, a la segregación de rama de actividad, Alonso Ledesma; con carácter general, Embid Irujo).

##### **5.5.1. Concepto y características de la operación**

La operación de cesión global del activo y el pasivo es definida por el artículo 81 LMESM como la transmisión en bloque de todo el patrimonio de una sociedad por sucesión universal, a uno o a varios socios o terceros y a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas del socio del cesionario. Se debe destacar que la sociedad cedente, co-

mo dice el artículo 81.2 LMESM, se extinguirá si la contraprestación se recibe total y directamente por los socios; el mismo artículo destaca a continuación que la contraprestación que cada uno de los socios pueda recibir deberá respetar las normas aplicables a la cuota de liquidación. El artículo 82 LMESM, por su parte, exige un requisito específico cuando la operación tenga como beneficiarios dos o más cesionarios, puesto que en este caso, cada una de las partes del patrimonio que se pueda ceder deberá constituir una unidad económica (por ejemplo, una rama de actividad de la empresa con posibilidad de funcionamiento y supervivencia independientes). La explicación la encontramos básicamente en el principio de conservación de la empresa, si bien podríamos criticar la necesidad de esta exigencia cuando esta supervivencia esté asegurada por las especiales características de la actividad y la naturaleza de la sociedad cesionaria.

Las sociedades en liquidación podrán ser igualmente cedentes de su activo y su pasivo siempre que no se hubiera empezado la distribución de su patrimonio entre los socios. Y si la sociedad cedente y el cesionario o cesionarios tienen distinta nacionalidad, la cesión se registrará por sus leyes personales. Si se trata de sociedades anónimas europeas, se estará al régimen en cada caso aplicable.

### **5.5.2. El proyecto de cesión global**

Son los administradores de la sociedad los encargados de redactar y suscribir un proyecto de cesión global, que contendrá, al menos, las siguientes menciones, según el artículo 85.1 LMESM:

- Denominación, tipo social y domicilio de la sociedad, así como los datos de identificación del cesionario o cesionarios.
- La fecha a partir de la cual la cesión disfrutará de efectos contables de acuerdo con lo dispuesto por el Plan general de contabilidad.
- La información sobre la valoración del activo y del pasivo del patrimonio, la designación y, en su caso, el reparto preciso de los elementos del activo y el pasivo que deben transmitirse a cada uno de los cesionarios.
- La contraprestación que hayan de recibir la sociedad o los socios. Si la contraprestación se atribuye a los socios, se especificará el criterio de reparto.
- Las posibles consecuencias de la cesión global sobre la situación laboral de la empresa.

Este proyecto elaborado por los administradores deberá depositarse en el Registro Mercantil (artículo 85.2 LMESM). El proyecto deberá ir acompañado por el informe de los administradores explicando y justificando con detalle el proyecto de cesión global (art. 86 LMESM).

### **5.5.3. Acuerdos de cesión global**

A todos los efectos, es competente para la adopción del acuerdo de cesión global del activo y el pasivo societarios la junta de socios de la sociedad cedente, aplicándose los mismos requisitos establecidos en la adopción del acuerdo de fusión (art. 87.1 LMESM).

Después de la adopción del acuerdo, este se publicará en el BORME y en un diario de gran circulación en la provincia del domicilio social, expresando la identidad del cesionario o cesionarios. En el anuncio se hará constar el derecho de socios y acreedores a obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado, así como el derecho de oposición de los acreedores sociales.

No obstante, la ley flexibiliza este régimen de publicación, permitiendo la comunicación individualizada por escrito a todos los socios y acreedores por un procedimiento que asegure su recepción en el domicilio que conste en la sociedad. Igualmente, el proyecto de cesión global y el informe de los administradores deben ponerse a disposición de los representantes de los trabajadores (art. 87.2 LMESM).

### **5.5.4. Escritura e inscripción de la cesión global**

El artículo 89 establece que la cesión global se hará constar en escritura pública por la sociedad cedente y por el cesionario o cesionarios. La escritura recogerá el acuerdo de cesión global adoptado por la sociedad cedente. La inscripción es, además, constitutiva, puesto que el artículo 89.2 LMESM establece expresamente que la cesión global solo será eficaz desde el momento de la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad cedente. Si la sociedad se extingue como consecuencia de la cesión, se cancelarán sus asientos registrales.

### **5.5.5. Tutela de los socios y de los acreedores**

El artículo 88 LMESM reconoce a los acreedores sociales la posibilidad de oponerse al acuerdo de cesión global, de forma que la cesión no podrá realizarse antes del transcurso de un mes, contado desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo, o, en caso de comunicación por escrito a todos los socios y acreedores, de la entrega de la comunicación al último de ellos. Dentro de este plazo, los acreedores de la sociedad cedente y del cesionario o cesionarios podrán oponerse a la cesión, en iguales condiciones y con los mismos efectos previstos para el caso de fusión.

El artículo 91 LMESM es también una norma de tutela de los acreedores, al establecer la responsabilidad solidaria por las obligaciones asumidas por un cesionario y no cumplidas por él. En este sentido, la norma dispone que la responsabilidad será solidaria del resto de cesionarios, hasta el límite del activo neto atribuido a cada uno en la cesión, y, según los casos, de los socios hasta el límite de lo que recibieron como contraprestación por la cesión, o

la propia sociedad que no se ha extinguido, por la totalidad de la obligación. La responsabilidad de socios y cesionarios prescribirá a los cinco años (debe entenderse desde el momento de la eficacia de la cesión, es decir, desde la inscripción de la cesión en el Registro Mercantil), no así la de la sociedad que no se ha extinguido.

Con remisión expresa igualmente al régimen de la fusión, el artículo 90 LMESM reconoce el derecho a impugnar el acuerdo de cesión global. Si recordamos el régimen del artículo 47 previsto para la fusión, se establece la imposibilidad de impugnar una cesión global tras su inscripción si se ha realizado de acuerdo con las normas de la LMESM, preservando el derecho de socios y terceros a reclamar indemnización por los perjuicios causados.

## **5.6. Traslado internacional del domicilio social**

### **5.6.1. Concepto y clases**

La LMESM contiene, junto con el régimen de las «modificaciones estructurales» de las sociedades mercantiles, una serie de normas reguladoras sobre el traslado internacional del domicilio social. Aunque en sentido propio no puede considerarse una modificación estructural, la posible aplicación de un régimen legal societario diverso supone para la sociedad y sus socios una modificación sustancial de primer orden en su estructura básica, de ahí su análisis legal conjunto.

El título V de la LMESM (arts. 92 a 103) es el que se dedica al traslado internacional de domicilio social. Las normas citadas se refieren básicamente a dos supuestos de hecho:

- Traslado de domicilio social de una sociedad mercantil (inscrita) española al extranjero (art. 92.1.º LMESM). Como afirma el artículo 93 LMESM: «1. El traslado al extranjero del domicilio de una sociedad inscrita constituida conforme a la ley española solo podrá realizarse si el Estado a cuyo territorio se traslada permite el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad. 2. No podrán trasladar su domicilio al extranjero las sociedades en liquidación ni aquellas que se encuentren en concurso de acreedores».
- Traslado de domicilio de una sociedad extranjera al territorio español, sin perjuicio en este caso de la aplicación del régimen propio de la SAE (arts. 458 y sigs. LSC). Según dispone el artículo 94.1.º.1 LMESM, el traslado de domicilio no afectará a la personalidad jurídica de la sociedad, si bien deberá cumplir con la legislación española para la constitución de la sociedad cuyo tipo ostente, salvo que dispongan otra cosa los tratados o convenios internacionales vigentes en España. Si se trata de un traslado de domicilio social a España desde un Estado que no forme parte del EEE, deberán justificar con informe de experto independiente que su patrimonio neto

cubre la cifra del capital social exigida por el derecho español. Conforme al artículo 94.2.º LMESM, «la misma regla se aplicará al traslado a España del domicilio de sociedades constituidas conforme a la ley de otros Estados, si su ley personal lo permite con mantenimiento de la personalidad jurídica».

La importancia y complejidad de esta modificación sustancial obedece en parte a la implicación de dos ordenamientos diferentes, los de los dos países implicados. Por ello, como establece el artículo 92 LMESM, se regirá por las normas de la LMESM, los tratados o convenios internacionales vigentes en España y, en su caso, por el régimen de la SAE.

### **5.6.2. Régimen jurídico del traslado**

En sus artículos 95 a 103, la LMESM se ocupa, como es obvio, del régimen del traslado únicamente desde la perspectiva de su aplicación a la sociedad mercantil española inscrita que traslada su domicilio al extranjero.

Los administradores de la sociedad que pretenda trasladar su domicilio tendrán que redactar y suscribir un proyecto de traslado (*cf.* art. 95.1.º LMESM), que contendrá una serie de menciones mínimas contenidas en el artículo 95.2.º LMESM. Un ejemplar del proyecto de traslado deberá presentarse para su depósito en el Registro Mercantil del domicilio social, y será objeto de publicación en el BORME con posterioridad a la calificación del registrador (art. 95.3.º LMESM). Asimismo, los administradores deberán elaborar un informe explicando y justificando detalladamente el proyecto de traslado en sus aspectos jurídicos y económicos, así como sus consecuencias para los socios, los acreedores y los trabajadores (art. 96 LMESM).

El único órgano competente para aprobar el acuerdo de traslado es la junta general, que adoptará el acuerdo ajustándose, en cuanto a los requisitos y formalidades, al régimen de la sociedad que se traslada (art. 97 LMESM).

Los socios que hubieran votado en contra del acuerdo de traslado del domicilio social al extranjero podrán separarse de la sociedad conforme a lo dispuesto para las sociedades de responsabilidad limitada (en la actualidad, art. 348 LSC). No se reconoce el derecho a los socios que no votaron a favor (porque se abstuvieron, por ejemplo) ni a los accionistas o socios sin voto.

La tutela de los acreedores consiste en el reconocimiento de un derecho de oposición, que podrán ejercer aquellos cuyo crédito hubiera nacido antes de la fecha de la publicación del proyecto de traslado del domicilio social al extranjero. El artículo 100 LMESM se remite en este punto a las normas sobre el derecho de oposición en la fusión (art. 44 LMESM).

El traslado de domicilio social al extranjero, así como la correspondiente modificación de la escritura social o los estatutos, surtirá efectos en la fecha en que la sociedad se haya inscrito en el RM del nuevo domicilio (art. 102 LMESM). Cuando se acredite ante el RM del antiguo domicilio la inscripción en el Registro Mercantil de su nuevo domicilio social y los anuncios de esa inscripción en el BORME y en uno de los diarios de gran circulación en la provincia en que la sociedad hubiera tenido su domicilio, se cancelará la primitiva inscripción (art. 103 LMESM).

### **Lecturas recomendadas**

**I. Arroyo; J. M. Embid Irujo; C. Górriz** (coords.) (2009). *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas* (2.ª ed.). Madrid: Tecnos.

**J. M. Embid Irujo** (1999). «Principios de tratamiento de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles en el Derecho español». *CDC* (núm. 28).

**V. Martí Moya** (2010). *El procedimiento de fusión de las sociedades mercantiles: preparación, adopción e impugnación*. Granada: Comares.

## 6. Otras formas sociales. Los grupos de sociedades: breve introducción

### 6.1. La sociedad capitalista unipersonal

Con la finalidad de armonizar nuestro ordenamiento al contenido de la Directiva 89/667/CEE, de 21 de diciembre de 1989, la LSRL incluyó el capítulo XI (arts. 125 a 129) dedicado al análisis de la sociedad unipersonal, régimen jurídico que resultaba igualmente de aplicación a la sociedad anónima (art. 311 LSA). En la actualidad, derogadas la LSA y la LSRL, es el título I, capítulo III LSC el dedicado al régimen de la sociedad unipersonal.

En la práctica, las ventajas principales de la figura son la posibilidad de limitar la responsabilidad del empresario individual y su comodidad para crear grupos de sociedades (una S. A./S. L. es titular de todas las acciones de otra sociedad).

En la práctica, se habla de sociedad unipersonal en dos supuestos diferentes (art. 12 LSC):

- Cuando la sociedad desde su origen se ha constituido con un único socio (**unipersonalidad originaria**).
- Cuando con posterioridad sobreviene la situación de unipersonalidad por el hecho de que un socio ha reunido en sus manos todas las acciones/participaciones (**unipersonalidad sobrevenida**).

Nuestro ordenamiento, por otra parte, no establece ningún límite para ser socio único de sociedades anónimas o limitadas, incorporando además un concepto puramente formal de socio único. De esta manera se excluye del concepto de sociedad unipersonal: aquella en la que un socio tiene en sus manos la mayor parte de las acciones/participaciones en las que está dividido el capital social, y gracias a testaferros, que poseen fracciones simbólicas del capital social, no puede considerarse formalmente socio único. La solución en estos casos podría ser la aplicación de la doctrina del alzamiento del velo societario en aquellos supuestos en los que, como vimos, resulta de aplicación dicha doctrina por la finalidad ilícita perseguida.

Nuestro legislador intenta conseguir, por todos los medios a su alcance, la publicidad adecuada de la situación de unipersonalidad (art. 13 LSC), de forma que esta circunstancia, sea originaria o sobrevenida, se deberá reflejar en el Registro Mercantil, así como el cambio de socio único, o la pérdida de esta situación, por incorporarse a la vida social más socios. La inscripción se practicará necesariamente por escritura pública y se expresará necesariamente la

identidad del socio único. Mientras tanto la sociedad continúe en situación de unipersonalidad, deberá constar este dato en toda la documentación de la sociedad.

Las reglas aplicables a la sociedad unipersonal serán las mismas que las que rigen para las sociedades pluripersonales, anónimas o limitadas. Solo se establece algún pequeño matiz a la aplicación de dichas normas, considerando que el socio único ejercerá las competencias de la junta general, consignándose sus decisiones en acta, cuya ejecución y formalización podrán ser asumidas por el propio socio o por los administradores de la sociedad (art. 15 LSC).

Por otra parte, la ley obliga a que se documenten los contratos concluidos entre el socio y la sociedad (en la memoria anual y en un libro-registro *ad hoc*), intentando de esta forma salvaguardar el interés social ante el propio o particular del socio único (art. 16.1.º LSC). La consecuencia de la no inclusión de estos contratos es que no serán oponibles a la masa del concurso los contratos no transcritos al libro-registro y no mencionados en la memoria (art. 16.2.º LSC). El socio único responderá ante la sociedad de las ventajas que, en perjuicio de esta, hubiera obtenido de estos contratos, a lo largo del plazo de dos años desde la fecha de su celebración (art. 16.3.º LSC).

#### **Lecturas recomendadas**

J. Boquera Matarredona (1996). *La sociedad unipersonal de responsabilidad limitada*. Madrid: Civitas.

F. Carbajo Gascón (2002). *La sociedad de capital unipersonal*. Pamplona: Aranzadi.

R. Jiménez de Parga (1996). «La sociedad unipersonal de responsabilidad limitada. Los artículos 125 sigs. de la Ley 2/1995». *Derecho de los Negocios* (núm. 64).

A. Roncero (1994). «Sociedad unipersonal de responsabilidad limitada». *Revista de Derecho de Sociedades* (núm. extraordinario).

## **6.2. Las sociedades profesionales**

### **6.2.1. Concepto y caracteres**

Son sociedades profesionales, de acuerdo con la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales (LSP), aquellas que tienen por objeto el ejercicio en común de una actividad profesional (art. 1 LSP). Determina el legislador que por «actividad profesional» se entenderá toda aquella «para cuyo desempeño se requiera titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional». Se presumirá existente el «ejercicio en común» cuando los actos propios de la actividad «sean ejecutados directamente bajo la razón o denominación social y le sean atribuidos a

la sociedad los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la actividad profesional como titular de la relación jurídica establecida con el cliente» (art. 1.1 LSP).

En cuanto a la forma social, el artículo 1.3 LSP permite que las sociedades profesionales adopten cualquiera de las formas societarias previstas en las leyes (civiles o mercantiles). Su funcionamiento se regirá por lo dispuesto en la LSP y, supletoriamente, por lo dispuesto en la norma reguladora del tipo social.

La ley obliga a acomodarse a su contenido a todas las sociedades que desarrollen este objeto social, que además deberá ser exclusivo. No obstante, la ley admite las sociedades multidisciplinarias, así como también, conforme a lo dispuesto en los artículos 2 y 3 del texto legal, la participación indirecta en otras sociedades profesionales.

### **6.2.2. Composición**

El artículo 4 LSP dispone que las tres cuartas partes del capital y de los derechos de voto deberán estar en manos de socios profesionales (tanto personas físicas debidamente habilitadas como otra sociedad profesional previamente colegiada), añadiendo asimismo que idéntica proporción se respetará en relación con el órgano de administración pluripersonal. Cuando se trate de un administrador único, necesariamente, por tanto, deberá ser un socio profesional. Esta circunstancia deberá mantenerse a lo largo de toda la vida social, o en otro caso incurrirá en causa de disolución, otorgando la LSP un plazo de tres meses para su regularización.

Toda modificación o cambio de socios deberá reflejarse en el Registro Mercantil (también si se trata de sociedades capitalistas) y en el Registro de Sociedades Profesionales del Colegio Profesional de que se trate (*cf.* art. 8 LSP).

### **6.2.3. Denominación social**

La sociedad profesional puede girar bajo una denominación objetiva o subjetiva. En este último supuesto, con el nombre de todos, alguno o algunos de los socios profesionales, indicando a continuación la expresión «profesional» («p.») (art. 6 LSP). Es de destacar la posibilidad de que se mantenga en la denominación social el nombre de algún socio profesional que hubiera causado baja (que conserva, siempre, un derecho a exigir la supresión de su nombre). En este punto, cuando se trate de una sociedad colectiva, por ejemplo, el hecho de que el mantenimiento del nombre del socio profesional no conlleve su responsabilidad ilimitada por las deudas sociales contraídas por la sociedad con posterioridad a su baja supone una derogación por una ley especial de la norma general establecida en el artículo 126 CCo.

#### **6.2.4. Constitución de la sociedad**

Para la constitución de la sociedad profesional se requerirá otorgamiento de escritura pública y ulterior inscripción en el Registro Mercantil, inscripción que tiene carácter constitutivo por expresa determinación legal (art. 8.1 LSP). De este modo, solo a partir de la inscripción adquirirá la sociedad personalidad jurídica, y esta naturaleza constitutiva de la inscripción se reconoce igualmente en el supuesto de las sociedades civiles profesionales, que serán inscribibles. Las sociedades profesionales deberán obligatoriamente también inscribirse en el Registro de Sociedades Profesionales que llevarán los distintos colegios profesionales.

#### **6.2.5. Participación en beneficios y pérdidas**

Conforme dispone el artículo 10 LSP, a falta de disposición al respecto en el contrato de sociedad, la participación en beneficios se efectuará en proporción a la participación de los socios en el capital, y del mismo modo se imputarán las pérdidas, cuando los socios deban responder personalmente de ellas.

Los socios pueden establecer en el contrato social el criterio o sistema por el que se distribuyan los beneficios de cada ejercicio. El artículo 10.2 LSP permite que dichos sistemas se basen o modulen «en función de la contribución efectuada por cada socio a la buena marcha de la sociedad, siendo necesario en estos supuestos que el contrato recoja los criterios cualitativos y/o cuantitativos aplicables» (favoreciendo, por ejemplo, a los socios que contribuyan con su especial contribución al crecimiento de la sociedad profesional).

#### **6.2.6. Responsabilidad y transmisión de la condición de socio**

El artículo 11 LSP se refiere a la responsabilidad de los socios y, a este respecto, establece que la sociedad profesional responde con todo su patrimonio, rigiéndose la responsabilidad de los socios por las normas aplicables al tipo social concreto que hubiera adoptado la sociedad profesional.

En todo caso, respecto de los actos profesionales, el mismo artículo 11 LSP establece que la responsabilidad será solidaria entre la sociedad y los profesionales, sean o no socios, que hayan actuado, remitiéndose al régimen general de la responsabilidad contractual o extracontractual, según corresponda.

El artículo 11.3 LSP establece, en consecuencia, la obligación, a cargo de las sociedades profesionales, de contratar un seguro de responsabilidad civil que cubra la responsabilidad en que la sociedad profesional pueda incurrir en el desarrollo de su objeto social.

El artículo 12 LSP restringe la transmisión de la condición de socio profesional, salvo que medie el consentimiento de todos los socios profesionales, pudiendo el contrato social establecer que dicho acuerdo podrá ser mayoritario.

Como consecuencia de esta restricción, en el artículo 13 LSP se reconoce al socio profesional el derecho a separarse de la sociedad en cualquier momento, cuando la sociedad se hubiera constituido con carácter indefinido. El derecho de separación, que deberá ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, es eficaz desde que se notifica a la sociedad. Si la sociedad se constituyó por tiempo determinado, serán causas de separación las propias del tipo social, las previstas en el contrato social o cuando concurra justa causa para su ejercicio.

El artículo 14 LSP contempla un régimen específico para la exclusión del socio profesional. En este sentido, son causas de exclusión del socio industrial las establecidas en el contrato social, la infracción grave de sus deberes con la sociedad o sus deberes deontológicos, la perturbación grave del funcionamiento de la sociedad o su incapacidad permanente para el ejercicio de la actividad profesional. Asimismo, este mismo precepto dispone que el socio profesional deberá ser excluido cuando haya sido inhabilitado para el ejercicio de la actividad profesional, sin perjuicio de que, si así se ha previsto, pueda continuar como socio no profesional.

Para la exclusión del socio se requiere, por último, acuerdo motivado de la junta general o asamblea de los socios, que requiere el voto favorable de la mayoría del capital y de la mayoría de los derechos de voto de los socios profesionales, siendo eficaz desde el momento en que se notifique al socio afectado.

En los supuestos de separación o exclusión, el socio afectado no queda liberado de la responsabilidad establecida por el artículo 11.2 LSP.

La cuota de liquidación del socio saliente se valorará conforme a los criterios libremente fijados en el contrato social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 16.1 LSP.

### **6.2.7. Especialidades para las sociedades profesionales que adopten una forma societaria capitalista**

La ley prevé ciertas especialidades para las sociedades profesionales que adopten alguna forma de sociedad capitalista en su artículo 17 LSP, entre las que cabe citar: la obligación de que en el caso de sociedades anónimas, las acciones solo puedan ser nominativas; el hecho de que los socios no gozarán del derecho de suscripción preferente en los aumentos de capital cuando el mismo tenga por objeto la promoción profesional; la reducción de capital podrá tener por finalidad además ajustar la carrera profesional de los socios, o la obligato-

riedad, a cargo de los socios profesionales, de realizar prestaciones accesorias consistentes en el ejercicio de la actividad profesional que constituya el objeto social.

### 6.3. La sociedad limitada nueva empresa

La Ley 3/2003, de 1 de abril, reguló la sociedad «nueva empresa» (en adelante, SLNE) como una especialidad de la sociedad de responsabilidad limitada, introduciendo esta nueva modalidad societaria dentro de nuestro ordenamiento. En su Exposición de Motivos se señalaba como causa de la necesidad de la ley el configurar un entorno más favorable a la creación de empresas y, en concreto, facilitar la constitución de PYMES, simplificando los trámites administrativos y dotándolas de una adecuada asistencia técnica en los primeros años de actividad empresarial. En la actualidad, el régimen jurídico de la SLNE se contiene en el título XII LSC (arts. 434 a 454 LSC).

El régimen de esta sociedad, bastante deficiente, se ha visto completado por algunas normas reglamentarias, entre las cuales podemos mencionar el RD 682/2003, de 7 de junio, que regula el sistema de tramitación telemática al que se refiere el artículo 134 de la mencionada ley, y la Orden JUS 1445/2003, por la que se aprueban definitivamente los estatutos orientativos de la sociedad limitada nueva empresa.

Algunas notas del régimen jurídico contenido en las normas reguladoras de la sociedad limitada nueva empresa:

- «a) Se trata de un régimen lo suficiente rígido, ante el gran ámbito dejado a la autonomía de la voluntad de los socios en la sociedad limitada general. De hecho, el hecho de proponer un modelo de estatutos todavía coarta más el ejercicio de esta autonomía de la voluntad a la hora de determinar el contenido de los estatutos, a lo que contribuye también el poco tiempo de que disponen notarios y registradores para autorizar y calificar la escritura de la sociedad.
- b) Su denominación social deberá ser subjetiva, deberá contener los dos apellidos y el nombre de uno de los socios, a los que se añadirá un código alfanumérico que permita la identificación de la sociedad de forma inequívoca.
- c) Su objeto social debe figurar en los estatutos, pero puede ser tanto genérico como específico. Así, se podrá dedicar a varias actividades o cambiarlas sin necesidad de pasar por una modificación estatutaria.
- d) Los socios deben ser personas físicas, y se fija un máximo de cinco socios.
- e) La constitución se efectúa mediante la escritura, que se ha de inscribir en el Registro Mercantil. El notario debe entregar copia autorizada de la escritura en un período máximo de veinticuatro horas y el registrador debe proceder a la inscripción dentro de un plazo de idéntica duración, siempre y cuando los socios hubieran adoptado el modelo de estatutos establecido reglamentariamente.
- f) Tiene un capital mínimo de tres mil euros, desembolsado mediante aportaciones dinerarias (no es posible realizar aportaciones *in natura*, al menos hasta la cifra de capital legal mínimo). Se fija también un máximo de ciento veinte mil euros para el capital social, lo que parece reservar este subtipo social para la pequeña empresa.
- g) La transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos *inter vivos* solo podrá hacerse a favor de personas físicas, y si las adquiere una persona jurídica, deberá venderlas a favor de personas físicas en el plazo de tres meses, contados desde la adquisición.

- h) La acreditación de la condición de socio se efectuará mediante el documento público en el que conste esta adquisición. No es preciso traer el libro registro de socios.
- i) La junta general puede convocarse por procedimientos telemáticos o correo certificado, con acuse de recibo de la convocatoria.
- j) La administración se confía a uno o más socios, pero no cabe la forma de consejo de administración. La administración social, necesariamente con cargo a los socios, se ejercerá, a falta de disposición contraria a los estatutos, por tiempo indefinido y podrá ser retribuida.
- k) La modificación de los estatutos solo podrá referirse al cambio de denominación, de domicilio o del capital social, dentro de los límites legales.
- l) La contabilidad se encuentra muy simplificada, puesto que el modelo se basa en el libro diario y un registro único».

Importante resulta describir brevemente las normas que contempla el RD 682/2003, de 1 de junio, que regula la constitución de estas sociedades mediante la utilización por parte de sus promotores de un sistema de tramitación telemática. El Real decreto se ocupa de regular la organización administrativa para la utilización del sistema. Se parte del «Centro de Información y Red de Creación de Empresas» (CIRCE), sistema de información para tramitar por técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas la constitución de la sociedad limitada nueva empresa. En este centro se agrupan los puntos de asesoramiento e inicio de tramitación (PAIT), oficinas que han de informar y asesorar a los promotores, tanto en el momento de la constitución como en los primeros años de su actividad. Son oficinas con las que la Administración General del Estado, mediante el Ministerio de Economía, celebrará convenios para su establecimiento. Pueden ser dependientes de entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro, colegios profesionales, organizaciones empresariales y cámaras de comercio, y en todo caso deberán prestar sus servicios gratuitamente.

Se crea también un sistema de tramitación telemática (STT), que debe facilitar la información de quienes intervienen en el proceso y garantizar un servicio global y unificado.

El Real decreto regula también el documento único electrónico (DUE), que incluye todos los datos relativos a la sociedad limitada nueva empresa (el art. 2 lo define como «aquél en el que se incluyen todos los datos relativos a la sociedad nueva empresa que, de acuerdo con la legislación aplicable, deben remitirse a los registros jurídicos y a las administraciones públicas competentes para la constitución de la sociedad y para el cumplimiento de las obligaciones en materia tributaria y de Seguridad Social inherentes al inicio de su actividad»). Tiene por finalidad: recoger los datos básicos que se deben rellenar en el momento en que empieza la tramitación (anexo 1 del RD) e incorporar en cada fase de tramitación los aspectos necesarios para la fundación y el funcionamiento de la sociedad nueva empresa (anexo 2 del RD).

Aunque se fomenta el recurso al DUE por parte de los fundadores de la SLNE, esta no es la única vía de constitución, puesto que igualmente se podrá realizar por el procedimiento tradicional. El DUE no sustituye a la escritura pública ni a la inscripción en el Registro Mercantil, solo supone el recurso a las nuevas tecnologías para hacer la constitución más ágil.

Lista de normas dictadas en relación a la sociedad limitada nueva empresa:

- Título XII de la LSC, sociedad nueva empresa.
- RD-Ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica. Título I: medidas de apoyo a las pequeñas y medianas empresas.
- Orden ECO/1371/2003, de 30 de mayo, por la que se regula el procedimiento de asignación del código ID-CIRCE que permite la identificación de la sociedad limitada nueva empresa y su solicitud en los procesos de tramitación no telemática.
- Orden JUS/1445/2003, de 4 de junio, por la que se aprueban los estatutos orientativos de la sociedad limitada nueva empresa.
- Real decreto 682/2003, de 7 de junio, por el que se regula el sistema de tramitación telemática a que se refiere el artículo 134 y la disposición adicional octava de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada.
- Instrucción de 30 de mayo de 2003, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en relación a la entrada en vigor de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada nueva empresa.
- Orden ECO/1686/2003, de 12 de junio, de creación del fichero de tratamiento automatizado de datos de carácter personal «Documento Único Electrónico (DUE)» del Ministerio de Economía.
- Orden PRE/2491/2003, de 3 de septiembre, por la que se regulan las prescripciones tecnológicas de los sistemas de información de los centros de ventanilla única empresarial a que se refiere la disposición adicional octava de la Ley 2/1995, de sociedades de responsabilidad limitada.
- Real decreto 296/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el régimen simplificado de la contabilidad.

#### Lecturas recomendadas

**J. Boquera Matarredona** (dir.) (2003). *La Sociedad Limitada Nueva Empresa*. Cizur Menor, Pamplona: Aranzadi.

**E. M. Valpuesta Gastaminza** (2004). *La sociedad nueva empresa*. Barcelona: Bosch.

#### 6.4. La sociedad comanditaria por acciones

La sociedad comanditaria por acciones puede definirse como aquella sociedad que, en nombre colectivo y con responsabilidad limitada para unos socios (comanditarios) e ilimitada para otros (colectivos), se dedica a la explotación de una actividad mercantil. Posee dos clases de socios: colectivos y comanditarios, disponiendo el artículo 1.4.º LSC que «en la sociedad comanditaria por acciones, el capital, que estará dividido en acciones, se integrará por las aportaciones de todos los socios, uno de los cuales, al menos, responderá personalmente de las deudas sociales como socio colectivo».

La principal diferencia que se aprecia con respecto a la sociedad comanditaria simple reside en que en la comanditaria por acciones todos los socios (no solo los comanditarios) tienen incorporada su participación en el capital a acciones, tal como las define y regula la LSC.

Estamos ante una sociedad más capitalista que personalista, pero escasamente utilizada en la práctica societaria española (se da en algún supuesto cuando aparece como socio colectivo otra sociedad capitalista).

Conforme al artículo 6.3.º LSC, la sociedad comanditaria por acciones podrá utilizar una razón social, con el nombre de todos los socios colectivos, de alguno de ellos o de uno solo, o bien una denominación objetiva, con la necesaria indicación de «sociedad comanditaria por acciones» o su abreviatura «S. Com. por A.» (véase asimismo art. 401.3.º RRM). El artículo 402 RRM permite igualmente incluir en la razón social una denominación objetiva relativa a la actividad económica desarrollada por la sociedad.

La sociedad comanditaria por acciones tendrá el capital dividido en acciones integradas por las aportaciones de los socios, uno de los cuales, al menos, deberá ser socio colectivo, conforme al régimen previsto para este tipo de socios en los artículos 127 y 237 CCo. Los socios colectivos responden personal, solidaria e ilimitadamente de las deudas sociales, pero de forma subsidiaria respecto de la sociedad. La ausencia de socio colectivo implica la disolución de la sociedad, salvo que, como dispone el artículo 363.3.º LSC, «en el plazo de seis meses y mediante modificación de los estatutos se incorpore algún socio colectivo o se acuerde la transformación de la sociedad en otro tipo social». Otras causas de disolución, además de las generales del artículo 363.1.º LSC, se recogen en la norma citada: cese, incapacidad o apertura de la fase de liquidación en el concurso de acreedores de todos los socios colectivos.

La cuantía mínima del capital social es coincidente con la de la sociedad anónima, sin que se prevea un límite máximo en su regulación.

La denominación de la sociedad comanditaria por acciones puede ser subjetiva (razón social) u objetiva, conforme dispone el artículo 6.3.º LSC. La razón social se integrará con el nombre de todos los socios colectivos, de algunos de

ellos o de uno solo, indicando a continuación (al igual que para el supuesto de adoptar una denominación objetiva) «sociedad en comandita por acciones» o su abreviatura «S. Com. por A.». No podrá incluirse el nombre de los socios comanditarios, incurriendo en otro caso en el supuesto de hecho del artículo 147 CCo (norma prevista para las sociedades comanditarias simples).

Las decisiones en el seno de la sociedad son adoptadas en junta general de todos los socios, independientemente de su naturaleza, sean comanditarios o colectivos. El régimen de la junta general se ajusta esencialmente a la regulación que de este órgano social se efectúa para las sociedades de capital en la LSC (arts. 159 y sigs. LSC).

Los acuerdos se adoptarán en junta general, y únicamente para algunas modificaciones estatutarias se requerirá también el consentimiento expreso de los socios colectivos. En este sentido, el artículo 294 LSC dispone, bajo la rúbrica «La tutela individual de los socios colectivos en la sociedad comanditaria por acciones», que

«cuando la modificación de los estatutos de la sociedad comanditaria por acciones tenga por objeto el nombramiento de administradores, la modificación del régimen de administración, el cambio de objeto social o la continuación de la sociedad más allá del término previsto en los estatutos, el acuerdo será preciso que haya sido acordado por la junta general, con los requisitos establecidos en esta ley, y también con el consentimiento de todos los socios colectivos».

En su constitución y en la integración del contenido de los estatutos, la sociedad comanditaria por acciones se ajustará a lo establecido en la LCS, respetando siempre lo establecido en el artículo 213 RRM. En la inscripción se hará constar el nombre de los socios colectivos, encargados de la gestión de la sociedad, cuya identificación figurará también en los estatutos sociales, obligando cualquier cese o nombramiento a la realización de una modificación de los estatutos.

Como ya hemos señalado, la administración corresponde a los socios colectivos (art. 252 LSC), que se asemejan, en cuanto a sus facultades, derechos y deberes, a los administradores de la sociedad anónima. Serán los estatutos los que deban fijar la organización y las normas de funcionamiento del órgano de administración, aunque atendiendo a una serie de límites determinados por la propia naturaleza de este tipo social. En todo caso, el administrador asumirá la condición de socio colectivo desde el momento en que acepte el nombramiento (art. 252, *in fine* LSC).

Así, en primer lugar, el socio nombrado administrador pasa a ostentar la condición de socio colectivo, situación que durará en tanto conserve la cualidad de administrador. De este modo, una vez cese como administrador, cesará su responsabilidad ilimitada con relación a las deudas sociales que se contraigan con posterioridad a la publicación de su inscripción en el Registro Mercantil (art. 252.3.º LSC).

La modificación de la forma de organización de la administración social, así como el nombramiento de administradores, requieren, entre otros supuestos de modificación estatutaria, el consentimiento expreso de los restantes administradores (que son socios colectivos), que deberán manifestar de forma individual.

En este sentido, el artículo 294 LSC dispone que en la sociedad comanditaria por acciones, si la modificación tiene por objeto el nombramiento de administradores, la modificación del régimen de administración, el cambio de objeto social o la continuación de la sociedad más allá del término previsto en los estatutos, el acuerdo deberá ser acordado por la junta general, con los requisitos de la LSC y con el consentimiento de todos los socios colectivos.

También requiere la modificación de los estatutos la separación del administrador, que si no tiene justa causa, originará a su favor el derecho a ser indemnizado por daños y perjuicios (art. 252.2.º LSC). Por último, el socio afectado no podrá participar en la adopción del acuerdo de separación (art. 252.4.º LSC).

La sociedad comanditaria por acciones se disolverá, además de por las causas generales de los artículos 360 y 363.1.º LSC, por fallecimiento, cese, incapacidad o apertura de la fase de liquidación en el concurso de acreedores de todos los socios colectivos, salvo que en el plazo de seis meses y mediante modificación de los estatutos se incorpore algún socio colectivo o se acuerde la transformación de la sociedad en otro tipo social (art. 363.3.º LSC).

## **6.5. Sociedades laborales**

La regulación de este tipo de sociedades está contenida en la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de sociedades laborales (LSL), que permite la constitución de sociedades laborales anónimas y limitadas.

En esencia, se trata de sociedades de creación de empleo, fomentando la participación de los trabajadores en ellas. De este modo, la mayoría del capital social debe encontrarse en manos de socios trabajadores que prestan sus servicios a la sociedad a cambio de una remuneración en el marco de una relación laboral por tiempo indefinido (art. 1 LSL).

En su constitución, a los requisitos comunes a toda sociedad mercantil, como son el otorgamiento del contrato de sociedad en escritura pública y su ulterior inscripción en el Registro Mercantil, se añaden la necesidad de ser calificada administrativamente como sociedad laboral, calificación que corre a cargo del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, o, en su caso a las comunidades autónomas que tengan dichas competencias transferidas. En dicho Ministerio existe igualmente un Registro de Sociedades Laborales, que ha de estar adecuadamente coordinado con el Registro Mercantil.

La denominación de la sociedad deberá contener la indicación de sociedad anónima laboral o sociedad de responsabilidad limitada laboral, o sus abreviaturas (S. A. L. o S. L. L.), reconociéndose a favor de estas sociedades una reserva de denominación respecto del adjetivo «laboral».

El capital social de estas sociedades se dividirá, dependiendo del tipo de sociedad ante el que nos encontremos, en acciones o participaciones sociales. Si se trata de acciones, deberán ser nominativas (art. 5 LSL).

Peculiar resulta el régimen de transmisión de las acciones y participaciones, contenido en el artículo 7 LSL, dado que cuando se pretendan transmitir a un sujeto que no sea trabajador en la sociedad con contrato indefinido, se atribuirá un derecho de adquisición preferente a los siguientes grupos de sujetos, de forma sucesiva: 1) a los trabajadores no socios con contrato indefinido (plazo de un mes para ejercitar su derecho); 2) a los trabajadores socios (plazo igualmente de un mes); 3) a los socios de la clase general (plazo de quince días); 4) al resto de trabajadores sin contrato por tiempo indefinido; 5) a favor de la propia sociedad, cuando nadie hubiera ejercido el derecho de adquisición preferente, siguiéndose los trámites del artículo 75 LSA.

Si transcurren seis meses desde la notificación por el socio de su intención de transmitir sus acciones o participaciones y no se ejerce el derecho de adquisición preferente, el socio quedará en libertad para transmitir las.

Estas mismas transmisiones se aplicarán cuando se pretenda transmitir acciones o participaciones de la clase general a favor de quien no sea socio trabajador, pero en este caso, la primera notificación se hará a los socios trabajadores (art. 7.8 LSL).

En los supuestos de transmisión *mortis causa* se reconoce, en principio, la condición de socio al adquirente, aun cuando los estatutos podrán reconocer para el caso de fallecimiento un derecho de adquisición preferente, como el del artículo 7 si se tratara de acciones o participaciones laborales de socios trabajadores (art. 11 LSL).

Por último, en el caso de que se extinga su relación laboral con la sociedad, el socio trabajador está obligado a ofrecer la adquisición de sus acciones o participaciones conforme a lo que dispone el artículo 7. En el caso de que nadie ejerza el derecho de adquisición, permanecerá en la sociedad, pero en condición de socio de clase general, no trabajador (art. 10 LSL).

## **6.6. La sociedad anónima europea (SAE)**

### **6.6.1. Regulación de la SAE**

Actualmente la sociedad anónima europea (SAE) se encuentra regulada en el ámbito comunitario por el Reglamento (CE) n.º 2157/2001, del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el cual se aprueba el estatuto de la sociedad anónima europea (SAE), y en la Directiva 2001/86/ del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la sociedad anónima europea respecto a la implicación de los trabajadores.

Nuestro legislador nacional dictó la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, que introdujo un nuevo capítulo, el XII, sobre la sociedad anónima europea, en la LSA, además de modificar algunos preceptos de la LSA. La refundición que nuestro legislador ha efectuado en 2010 determina que el régimen de la SAE se encuentra en el título XIII de la LSC (arts. 455 a 494).

El principal objetivo de la SAE consiste en ofrecer a las empresas que cuenten con un ámbito de actuación (real o potencial) que abarque distintos Estados miembros la posibilidad de intervenir en procesos de cooperación y concentración empresarial disponiendo de un marco jurídico comunitario, rigiendo después su organización y funcionamiento en este ámbito supranacional.

En segundo lugar, además de ofrecer a las empresas dicha posibilidad, que se añade a los instrumentos preexistentes en los ordenamientos nacionales y a los planteados por el derecho internacional privado, la creación de la SE pretende solucionar la cuestión de la implicación de los trabajadores. En este punto, nuestro legislador ha dictado la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores.

En los primeros trabajos preparatorios, se consideró que la SAE tenía que ser una sociedad exclusivamente regida por las normas comunitarias, estableciéndose un modelo rígido de regulación. De este modo, las normas nacionales de cada Estado miembro resultarían aplicables exclusivamente en aquellas cuestiones no reguladas en el estatuto de la SAE y que se refirieran a ella como un sujeto que actúa en el mercado (competencia, concurso, propiedad industrial...).

Finalmente, la concepción que prevaleció fue la de considerar la SAE como forma de empresa sometida al derecho comunitario directamente aplicable al conjunto de la UE, pero integrado dentro del derecho interno del Estado miembro donde se encuentre su domicilio.

De este modo, las fuentes normativas de la figura las encontramos no solo en el ordenamiento comunitario, sino también en los nacionales, dictándose al respecto normas en diversos países.

El sistema de fuentes de la SE no va a resultar siempre fácil, por el complejo sistema de remisiones que tiene el Reglamento. En concreto, su artículo 9 establece expresamente que se regirán:

- «a) Por lo que dispone el propio Reglamento.
- b) Cuando este lo permita expresamente, por las disposiciones de los estatutos de la SAE.
- c) Respecto de las materias no reguladas total o parcialmente por el Reglamento: por las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de medidas comunitarias relativas a las SE; por las disposiciones aplicables a las sociedades anónimas; por las disposiciones de los estatutos, de acuerdo con las normas aplicables a las sociedades anónimas del país en cuestión».

Este sistema se ha descrito como «creación de una marca comunitaria» (SAE) con diversos «modelos de carácter nacional» (según la normativa nacional aplicable) (en este sentido, *cf.* Esteban Velasco).

### 6.6.2. Rasgos característicos de la SAE

Son las principales características de la SAE, de acuerdo con la regulación comunitaria, las siguientes:

- Se trata de un tipo de sociedad facultativo u opcional, que, por tanto, supone añadir otro a las sociedades anónimas que se pueden constituir en cada Estado miembro.
- Se ha elegido por el legislador comunitario el tipo societario propio de la sociedad anónima. Son razones de esta elección: el tratarse del tipo societario más armonizado, el que la sociedad anónima tiene por regla general una estructura de financiación y una estructura de organización, de gestión, que hace que se adapte mejor a las necesidades de las empresas que pueden desarrollar sus actividades en el ámbito de la Unión Europea, acomodándose perfectamente a grandes empresas que se han originado por procesos de integración empresarial y que normalmente acuden al mercado de valores para su financiación. La elección del tipo, según han manifestado ya algunos autores, no está exenta de críticas, dada la tradicionalmente reconocida polivalencia funcional del tipo de la anónima en los ordenamientos de tradición latina, ya que a esta forma jurídica de empresa pueden acogerse tanto grandes empresas que acuden a los mercados de valores, como empresas de más pequeñas dimensiones y que, por su estructura financiera y organizativa, se parecen más al tipo limitada.
- El reglamento establece un capital mínimo de 120.000 euros, con una remisión respecto del desembolso de las acciones a las legislaciones del domicilio social de la SAE. En este punto, la función que puede tener la ci-

fra mínima de capital, que sería impedir acceder a la figura a empresas de pequeñas dimensiones, creemos que no se cumple, de ahí que pueda criticarse la exclusión de la sociedad limitada en determinados procedimientos de constitución.

- Su capital está dividido en acciones.
- La responsabilidad de los socios es limitada.
- La SAE tiene personalidad jurídica propia, que se adquiere desde la inscripción en el registro público designado por la legislación nacional.
- Dispone de una estructura corporativa.

### 6.6.3. Formas de constituir una SAE

Para poder constituir una SAE, la normativa comunitaria exige que se trate de empresas con implantación en la UE. De esta forma se pretende evitar el acceso a la figura solo para impedir la aplicación de normas nacionales más rígidas. Esta exigencia se refleja en las modalidades de constitución recogidas en el reglamento:

- «A. Fusión de sociedades.
- B. Creación de un grupo de sociedades del cual es matriz la SAE (*SAE holding*).
- C. Creación de una SAE filial común a diversas sociedades.
- D. Transformación de una sociedad anónima existente en SAE».

### 6.6.4. Órganos de la sociedad

Una de las especialidades de la SAE es que, además de la junta general, la administración social se puede organizar mediante el sistema dual (arts. 478 a 491 LSC), formado por un órgano de control (comisión de vigilancia) y otro de dirección (consejo de administración), o bien mediante el sistema monista (art. 477 LSC), caracterizado por un único órgano (sistema tradicional en nuestro derecho societario).

Esta opción se reconoce igualmente por nuestra LSC para las SAE domiciliadas en España. En caso de optar por el sistema monista, se aplicará la LSC en lo que no se oponga al Reglamento regulador de la SAE y a la Ley de implicación de los trabajadores. En el segundo caso, existirá una dirección y un consejo de control, aplicándose a la dirección el régimen del órgano de administración de la LSC.

En España pueden constituirse SAE desde el 20 de octubre de 2006, fecha de entrada en vigor de la Ley de implicación de los trabajadores. No obstante, los sectores empresariales españoles, que se muestran reacios a dicha implicación, probablemente continuarán prefiriendo la constitución de grupos de sociedades y las fusiones transfronterizas como vía de colaboración e integración empresarial.

### 6.7. Los grupos de sociedades

La creación de grupos de sociedades es una realidad actual de gran interés, puesto que lo que podía suponer la excepción se ha convertido en la norma casi general. Es difícil que en la actualidad encontremos sociedades que adopten sus decisiones de forma totalmente autónoma, sino que con frecuencia forman parte de entidades más complejas, de las cuales dependen para la adopción de decisiones. La participación en el grupo de sociedades no comporta la pérdida de personalidad jurídica de las sociedades: estas conservan su independencia jurídica, pero actúan en el mercado con la lógica de una sola empresa (Embid Irujo).

Son los rasgos fundamentales de los grupos de sociedades:

- La relación de dependencia, directa o indirecta, de una o varias sociedades respecto de la otra.
- El ejercicio de una dirección económica unitaria o centralizada (que no se da, sin embargo, en grupos de estructura paritaria, como los cooperativos).

Son mecanismos de creación del grupo los siguientes:

1) Colaboración y subordinación. Si predomina la nota de subordinación, las sociedades se encuentran sometidas a una dirección única de la sociedad que se considera dominante respecto del resto (dependientes o filiales). Se basan en una relación jerárquica centralizada de dependencia. En este caso no hace falta tener el cien por cien del accionariado de otra sociedad (supuesto de máxima dependencia), puesto que el porcentaje que la dominante deberá tener para poder controlarla dependerá de la composición accionarial y estructura del capital de la sociedad filial. Si, por el contrario, predomina la nota de colaboración o coordinación, la dependencia entre las sociedades surge de los pactos y acuerdos estipulados *ad hoc*. Sin embargo, buena parte de nuestra mejor doctrina (Embid Irujo) considera que no se trata de verdaderos grupos, puesto que la dependencia y la dirección unitaria se encuentran fuertemente debilitadas, y que estamos ante formas contractuales de colaboración interempresarial, presididas por el principio de igualdad, que pueden presentarse con órgano central de dirección y vigilancia o sin él (por ejemplo, cárteles de compras o de distribución, acuerdos de *joint-venture*).

2) Accionarial, contractual o personal. El vínculo accionarial es el de propiedad, real, que supone que las sociedades participan unas en el capital de otras. Es el sistema más común, y puede ser originario (desde la constitución) o sobrevenido (por compra posterior). Además, su estructura puede ser radial (con una sola sociedad dominante); piramidal o en cascada, de forma que van escalonadamente participando en el capital de la otra, siendo así la participación de la dominante en el capital de las filiales en su mayor parte indirecta; o de estructura circular (con participaciones recíprocas).

El vínculo contractual supone que el medio de dominación lo constituye un contrato, y también será el elemento de cohesión del grupo de sociedades. Suelen ser contratos que pueden servir de vehículo para articular la dirección unitaria (arrendamiento de empresa, transferencia de tecnología, licencia de marca o patente...). Por último, el mecanismo del grupo puede ser personal cuando coinciden los administradores de la sociedad dominante con los de las sociedades controladas. Es esta la forma de dependencia más eficaz, proviniendo en muchas ocasiones de las relaciones accionariales o reales entre las sociedades integrantes del grupo.

3) Los grupos pueden clasificarse según su objeto: grupos horizontales (aquellos que afectan a sociedades que suelen realizar las mismas actividades económicas) y grupos verticales (unen a sociedades que desarrollan su actividad en distintas fases del proceso de elaboración de un bien productivo o prestación de un servicio: fabricación, distribución, venta, por ejemplo). Desde otro punto de vista, los grupos pueden dedicarse a actividades industriales, agrícolas, comerciales o financieras, dependiente de la actividad de la dominante del grupo.

El caso más desarrollado de grupo se presenta cuando en su centro o cúpula la sociedad dominante es un *holding* que tiene su patrimonio representado por las participaciones de las sociedades filiales, y a veces también en las filiales de las propias filiales, cuyas decisiones controla, de forma que su objeto social reside en la administración y teneduría de participaciones sociales.

Nuestro ordenamiento no contiene un concepto unitario de grupo de sociedades, sino que según la materia ante la cual nos encontramos (defensa de la competencia, mercado de valores, derecho societario, ordenamiento laboral, etc.), el concepto de grupo es diferente. La carencia de una regulación global del fenómeno, si bien es un rasgo común a casi todos los ordenamientos de nuestro entorno, comporta numerosos problemas. El primero de ellos es el que afecta a los socios minoritarios o externos, aquellos ajenos al grupo.

Actualmente, el capítulo IV del título I LSC, integrado únicamente por un precepto, el 18, dispone que «a los efectos de esta ley, se considerará que existe grupo de sociedades cuando concurra alguno de los casos establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, y será sociedad dominante la que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras».

Dado que nuestro ordenamiento no contempla una regulación sustantiva de los grupos de sociedades, se han de aplicar los principios del derecho societario, de forma que:

«1) La existencia del grupo, su estructura y la naturaleza de las vinculaciones deben ser objeto de publicidad (si bien el grupo no es objeto de inscripción en el Registro Mercantil, puesto que no tiene personalidad jurídica como tal, por la vía de las cuentas consolidadas se puede tener reflejo registral de esta realidad).

2) La existencia del grupo debe poder ser conocida por la contabilidad global del grupo: se deben confeccionar cuentas y balances consolidados.

3) Se debe tutelar de forma adecuada a los accionistas minoritarios de la sociedad dominante, que pueden verse afectados por decisiones como, por ejemplo, hacer responsable a la sociedad dominante por deudas de las filiales.

4) Una adecuada protección para los accionistas externos o minoritarios de las sociedades filiales, puesto que sus intereses pueden encontrarse en conflicto con los de la sociedad dominante o del grupo, si bien en este punto no se ha de olvidar que se admite el concepto de interés del grupo, que puede legitimar incluso una actuación de los administradores de la filial contraria al interés de dicha filial pero favorable al grupo en su conjunto.

5) La posibilidad de que los acreedores de las sociedades filiales que resulten descapitalizadas por la sociedad dominante, si no pueden cobrar sus créditos, puedan dirigirse a la sociedad dominante.

6) La tutela de los trabajadores, no tan solo como acreedores, sino también como trabajadores del grupo.

7) Protección fiscal, para evitar que mediante el recurso al grupo de sociedades se defraude a la Hacienda Pública. Así, se deberá considerar al grupo como sujeto pasivo obligado a tributar, actuando como representante del resto de sociedades del grupo».

De lo que hemos indicado hasta ahora se desprende que el grupo internamente actúa como una unidad, y también externamente se manifiesta como tal unidad, de forma que el tercero que contrate con una sociedad del grupo acaba contratando formalmente con una sociedad autónoma, pero que en realidad actúa en interés del grupo. Además, en muchas ocasiones, el patrimonio

de una sociedad queda de tal forma condicionado por el de la sociedad dominante o del grupo que puede ocurrir que quede vacío de contenido ante los terceros cuanto estos vayan a ejercer contra ella sus garantías patrimoniales. Para conseguir en determinados supuestos la comunicación de responsabilidad de las sociedades integrantes de un grupo (que no puede ser objeto de generalización automática a todos los grupos societarios), se pueden aplicar doctrinas excepcionales, como la del alzamiento del velo societario, para evitar resultados injustos amparándose en la existencia de sociedades formalmente independientes.

#### **Lecturas recomendadas**

**M. L. de Arriba Fernández** (2004). *Derecho de grupos de sociedades*. Madrid: Civitas.

**J. M. Embid Irujo** (2003). *Introducción al Derecho de los grupos de sociedades*. Granada: Comares.

**P. Girgado Perandones** (2001). *La empresa de grupo y el Derecho de sociedades*. Granada: Comares.

**P. Girgado Perandones** (2002). *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en la empresa de grupo*. Madrid: Marcial Pons.

**P. Martínez Machuca** (1999). *La protección de los socios externos en los grupos de sociedades*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España.

