

«Les societats de capital»

Autora: M. Lourdes Ferrando Villalba

Prof. titular d'universitat

Departament de Dret Mercantil Manuel Broseta Pont

1. Les societats de capital

1.1. Tipologia de les societats de capital. Trets característics

El nostre sistema societari s'adscriu, al llarg de les diferents reformes a les quals ha estat sotmès, a l'anomenat sistema dualista en la distribució de les formes socials, i s'integra així la societat anònima i la societat de responsabilitat limitada en una mateixa categoria de societats de capital.

A més, tenint en compte que el sistema adoptat *de lege ferenda* és el dualista, ens centrarem ací a destacar quins són els trets típics de cada forma social i assenyalarem també les diferents possibilitats de matisació o separació del règim general comú que estableix el legislador.

Els redactors de la Llei de societats de responsabilitat limitada (LSRL) de 1995 van optar per un sistema relativament flexible, combinant elements personalistes i capitalistes. Seguint la caracterització tipològica que conté l'exposició de motius de la llei, tres eren principalment les notes que s'hi predicaven com a pròpies del model de societat de responsabilitat limitada que proposava legislador: el seu caràcter tancat, la seua flexibilitat i la seua naturalesa híbrida, que no la identificava plenament amb una societat anònima ni tampoc amb una societat personalista, aspecte en el qual incideix novament el legislador de 2010 en l'exposició de motius, encara que de manera més confusa i desencertada, segons la nostra opinió.

Destaquen, per contra, com a trets típics de la societat anònima, la major rigidesa en la regulació, ja que hi predominen normes imperatives de tipus tutelar (tant dels accionistes inversors com de tercers creditors); l'existència d'un nombre de socis

elevat i, generalment, la seua condició de societat oberta que, almenys potencialment, recorre a l'estalvi públic i, a més, per això queda sotmesa al dret del mercat de valors.

No obstant això, tenint en compte que la regulació de la llei, primer en la Llei de societats anònimes (LSA) de 1951 i després en la reforma de 1989, fins que arribem al nou text refós de la Llei de societats de capital (TRLSC), no es caracteritzava per ser excessivament rígida, era prou flexible i permetia una certa adaptació del règim jurídic a les circumstàncies particulars de cada societat —a diferència, per exemple, de la regulació de l'Aktiengesellschaft-Gesetz alemanya—, la societat anònima va resultar el tipus d'aplicació per excel·lència tant a grans com petites i mitjanes empreses, per la seua àmplia polivalència funcional. La raó del predomini del tipus anònima no estava fonamentada només en aquesta flexibilitat del règim jurídic, sinó que obeïa a l'absència d'un règim jurídic, encara que fóra dispositiu, prou complet per a dotar de seguretat als qui optaren pel tipus societat limitada. A això calia afegir també el major prestigi de la societat anònima com a forma d'empresa; la societat limitada quedava com una mera forma residual. D'això ve l'important canvi d'orientació que ja, a partir de 1989, s'observava en les estadístiques dels registres mercantils pel que fa a la constitució de societats de capital. Aquest procés es va accentuar encara més des que la LSRL de 1953 es va derogar i el legislador va configurar un règim complet per a la societat de responsabilitat limitada, encara que en alguns aspectes era una simple remissió al règim que establia la LSA, en la LSRL de 1995, actualment derogada.

La configuració en certa manera flexible del règim de la societat anònima, juntament amb la semblança pel que fa a l'organització interna i el funcionament extern amb la societat de responsabilitat limitada, ha portat a pensar en l'absència de caracterització tipològica del tipus limitada, que coincideix amb l'anònima com a tipus aplicable per a societats tancades, des d'una perspectiva purament societària.

Aquesta delimitació pot ser objecte de nombroses crítiques. Com ha assenyalat la doctrina, molts dels trets tipològics de la societat limitada s'observen també en la societat anònima tancada, que perfectament pot encaixar en la LSA, de manera que «la diferència entre ambdós tipus... és que mentre que en l'anònima la personalització

d'algun dels seus aspectes no es correspon amb el model inicial tipificat, encara que això es permet per mitjà de l'autoconfiguració estatutària de la societat, en la societat de responsabilitat limitada la personalització és sempre constitutiva d'elements estructurals, els quals, en general, no es poden deixar de banda en els estatuts socials» (Embid Irujo).

La flexibilitat del règim el trobem igualment en l'estatut de l'anònima en alguns aspectes, mentre que el seu caràcter tancat no predetermina, de principi, l'opció per un o altre tipus social. El seu caràcter híbrid, amb una important presència dels elements personalistes, és tal vegada el tret més rellevant, mitjançant el qual es pot fer una delimitació més correcta dels dos tipus socials. I encara podria dubtar-se d'aquesta virtualitat delimitadora pensant que aquesta personalització es pot aconseguir de la mateixa manera mitjançant l'aprofitament de totes les possibilitats que la LSC en seu d'anònima confereix a l'autonomia dels socis.

Tal vegada, des del punt de vista societari, resulta difícil establir una delimitació tipològica clara entre ambdós tipus socials, cosa que no impedeix l'adscripció a cadascun d'un grup d'empreses diferent a l'anònima, en particular les grans empreses –o, a tot estirar, les mitjanes–, i les petites i mitjanes a la limitada. Això ens ha de portar a pensar si la delimitació no s'ha d'efectuar fora dels paràmetres jurídics, tenint en compte sobretot la dimensió econòmica de l'empresa, ja que, com encertadament s'ha assenyalat, «l'anàlisi de la realitat econòmica i social, concretament dels tipus "reals-empírics" d'empreses, constitueix el "prius" lògic per a una ordenació racional dels tipus societaris, en el doble pla interdependent de "la seua funció" i de "la seua estructura» (Gondra Romero). Aquesta és, fonamentalment, la idea que determina l'opció pel tipus anònima en perjudici de la limitada, per a societats que, encara que no tinguen una configuració oberta, el volum de negoci es puga preveure superior al mínim de capital social exigint per a la constitució de la societat anònima. En relació amb aquestes societats concretes, els inconvenients derivats de les limitacions al finançament de les societats limitades pesen més que els que són propis de la menor flexibilitat i majors costos del règim jurídic de l'anònima.

Des del nostre punt de vista, no podem oblidar els elements que el règim societari propi dels dos tipus socials ens ofereix per a fer una delimitació que, encara que amb l'ajuda d'altres instruments, com la consideració de les dimensions de l'empresa, ens pugua servir per a determinar *a priori* els avantatges o inconvenients de cadascun dels tipus socials per a la societat en concret que es desitge constituir o a la qual es vol arribar per transformació d'altres tipus socials. Aquests elements no poden ser altres que els derivats de la intensa personalització de la qual pot ser objecte una societat limitada en relació amb la seua estructura i el seu funcionament interns. De fet, com veurem, el legislador de 1995 i, sobretot, amb posterioritat, el legislador de 1998 (LMV) i, recentment, el de 2010, semblen per fi adonar-se de quin és l'ús real que es dóna a cadascun d'aquests tipus de societats de capital i separen categòricament el règim de les societats de capital en general del propi i específic de la societat cotitzada (regulada en els art. 495-514 de la LSC, títol XIV).

1.2. Concepte i caràcters de la societat anònima

L'article 1.3 de la LSC disposa que «En la societat anònima, el capital, que està dividit en accions, s'integra per les aportacions de tots els socis, els quals no responen personalment dels deutes socials». Tot i que no es tracta d'una definició, d'aquest precepte es poden extraure les notes característiques d'aquest tipus social, que són les següents:

1) Es tracta d'una societat de capital. Els socis només poden aportar-hi diners, béns o drets, però no treball i, a més, la intensitat en l'exercici dels seus drets socials depèn de la participació en el capital que tinga cadascun dels accionistes, ja que la societat anònima es regeix pel principi de majoria de capital.

2) És una societat oberta en la qual la condició de soci és fungible, de manera que interessa el soci com a aportador de capital que permet l'explotació d'una activitat en comú. No obstant això, aquest caràcter obert es pot matisar en els estatuts socials,

mitjançant la introducció de clàusules de restricció de la transmissibilitat de les accions.

3) És una societat en la qual els socis no responen personalment dels deutes socials. La responsabilitat es limita a l'aportació efectivament realitzada o, si escau, promesa a la societat.

A més d'aquestes notes, hem de ressaltar el caràcter d'organització corporativa, ja que crea una persona jurídica «perfecta» que funciona a través d'òrgans. Així mateix, es tracta d'una societat mercantil per la forma, de manera que ha de ser sempre mercantil, independentment del seu objecte (art. 2 de la LSC).

La societat anònima adopta una denominació social que pot ser subjectiva o objectiva, segons l'article 400.1 del Reglament del Registre Mercantil (RRM). Tanmateix, la composició de la denominació social s'ha d'ajustar a una sèrie de límits, derivats, d'una banda, de la necessària indicació del tipus social (art. 403 del RRM) i, de l'altra, del respecte al principi de novetat, de manera que no es pot adoptar una denominació idèntica o semblant a la d'una altra societat inscrita en la secció de denominacions del Registre Mercantil Central (cf. els art. 407 i 408 del RRM).

En conclusió, la societat anònima es pot definir dient que «és la societat de naturalesa mercantil, siga quin siga el seu objecte, el capital de la qual es troba dividit en accions transmissibles que atribueixen al titular la condició de soci, el qual gaudeix del benefici de la responsabilitat limitada davant la societat i no respon personalment dels deutes socials» (Martínez Sanz).

1.3. Concepte i caràcters del tipus limitada

La societat de responsabilitat limitada és una societat mercantil per la forma, ja que tal com disposa l'art. 2 de la LSC, és mercantil amb independència de la naturalesa de l'objecte social. D'aquesta manera, la societat de responsabilitat limitada té la condició d'empresa mercantil i es troba sotmesa al seu estatut jurídic propi.

Ens trobem, en conseqüència, davant un tipus social integrat dins del grup de les anomenades societats mercantils capitalistes, que es caracteritzen perquè tenen el capital dividit en participacions socials, que no tenen el caràcter de valors, no es poden representar mitjançant títols o anotacions en compte, ni es poden denominar accions (art. 92.2 de la LSC). Les participacions socials són indivisibles i acumulables, però no cal que siguin iguals (art. 90 de la LSC: «Les participacions socials en la societat de responsabilitat limitada i les accions en la societat anònima són parts alíquotes, indivisibles i acumulables del capital social»).

La LSC manté també el principi de capital mínim (que no pot ser inferior a tres mil euros, com assenyalava l'art. 4 de la LSC), s'ha d'expressar en euros i des del seu origen ha d'estar totalment desemborsat, de manera que en les societats limitades no són possibles les aportacions pendents de desemborsament (els <http://www.internostrum.com/insbil/index.php?lang=es-va&palabra=denomi> dividendes passius de les societats anònimes) (art. 78 de la LSC).

Finalment, el caràcter de societat capitalista s'aprecia igualment per la limitació de responsabilitat dels socis pels deutes socials. Els socis d'una societat de responsabilitat limitada només responen fins al límit de l'aportació efectuada en la societat. La societat, d'altra banda, respon amb tots els seus béns presents i futurs del compliment de les seues obligacions (art. 1911 del Codi Civil).

La indicació del tipus social en la denominació social és la de «societat de responsabilitat limitada» (SRL) o «societat limitada» (SL) (art. 6.1 de la LSC).

1.4. Nacionalitat i domicili de les societats de capital

L'art. 8 de la LSC disposa que «són espanyoles i es regeixen per la present Llei totes les societats de capital que tinguen el domicili al territori espanyol, siga quin siga el lloc en què s'hagen constituït».

Pel que fa al domicili, l'art. 9.1 de la LSC assenyala que han de fixar el domicili dins del territori espanyol al lloc en què es trobe el centre de la seua efectiva administració i domicili, o on radique el seu principal establiment o explotació. S'aquesta manera s'eviten els domicilis estatutaris ficticis. Les societats capitalistes que tinguen el seu establiment o explotació principal dins del territori espanyol han de tenir el domicili a Espanya.

El domicili constitueix una informació obligatòria dels estatuts. Tanmateix, la societat no és completament lliure per a fixar-lo, tenint en compte el que disposa l'art. 9.1 de la LSC <http://www.internostrum.com/insbil/index.php?lang=es-va&palabra=LSC>. Així, els tercers, en cas de discordança entre el domicili registral i aquest últim, poden considerar com a domicili qualsevol dels dos (art. 10 de la LSC).

D'altra banda, les societats capitalistes freqüentment necessiten diversos establiments per a exercir la seua activitat. Aquests, denominats sucursals, es defineixen com a «establiment secundari dotat de representació permanent i de certa autonomia de gestió, a través del qual es desenvolupen, totalment o parcialment, les activitats de la societat» (art. 295 del RRM). Les societats de capital poden obrir sucursals en qualsevol lloc del territori nacional o de l'estranger (art. 11.1 de la LSC) i, excepte disposició contrària dels estatuts, l'òrgan d'administració és competent per a acordar la creació, la supressió o el trasllat de les sucursals (art. 11.2 de la LSC).

Des del punt de vista jurídic, la sucursal no disposa de personalitat jurídica, es troba subordinada a l'establiment principal i pertany a la societat, tot i que gaudeix d'una certa autonomia funcional. Per a la seua creació, supressió o trasllat és competent la Junta General o els administradors, tot depenent de les previsions que contenen els estatuts socials.

La sucursal s'ha d'inscriure tant en el full obert en cada societat com en un full propi en el Registre Mercantil corresponent al lloc del domicili de la sucursal (art. 296 del RRM).

Les circumstàncies de la inscripció es recullen en els art. 297 a 299 del RRM i les especialitats per a les societats estrangeres, en els art. 300 a 304 del RRM.

En l'actualitat, la Llei 3/2009, de 3 d'abril, sobre modificacions estructurals de les societats mercantils (d'ara endavant, LMESM), preveu en els art. 92 i ss. el règim del trasllat internacional del domicili social i estableix la seua aplicació a dos supòsits diversos, com són: el trasllat a l'estranger del domicili social d'una societat mercantil espanyola inscrita i el d'una societat estrangera al territori espanyol (art. 92 de la Llei 3/2009: el seu règim jurídic es regeix pel que disposen els tractats o convenis internacionals vigents a Espanya i el que disposa aquesta llei, a més de les normes establertes per a la societat anònima europea).

Una societat espanyola inscrita pot traslladar el domicili a l'estranger sempre que el territori de destinació permeta el manteniment de la personalitat jurídica de la societat (cf. art. 93.1 de la LMESM). Així mateix, queda vetat aquest trasllat per a les societats espanyoles inscrites que es troben en liquidació o en concurs de creditors.

Es planteja ací el problema de determinar quin és el *dies a quo* a partir del qual s'ha de considerar eficaç aquesta limitació. En efecte, pel que fa a la liquidació de la societat, la dissolució de la societat suposa l'obertura de la liquidació i el començament de les operacions adreçades a l'extinció definitiva de la societat i, per tant, l'adopció de l'acord de dissolució es pot considerar com el moment clau que cal tenir en compte. Pel que fa al concurs de creditors, tanmateix, creiem que si s'ha sol·licitat el concurs, siga necessari o voluntari, ha de suposar ja la impossibilitat d'adoptar l'acord de trasllat del domicili social a l'estranger, ja que els interessos preferents <http://www.internostrum.com/insbil/index.php?lang=es-va&palabra=prevalentes> en aquest cas han de ser els dels creditors socials.

Si es tracta d'un trasllat de domicili de societat estrangera a Espanya, i es tracta d'una societat procedent d'un altre estat que forma part de l'Espai Econòmic Europeu (EEE), no afecta la personalitat jurídica de la societat. No obstant això, ha de complir les normes espanyoles relatives a la constitució de la societat segons el tipus, llevat que

disposen una altra cosa els tractats o convenis internacionals vigents a Espanya (art. 94.1 de la LMESM). En cas que siguin societats de capital, cal justificar amb un informe d'un expert independent que el seu patrimoni net cobreix la xifra del capital social exigida pel dret espanyol.

Per la mateixa norma es regeix el trasllat a Espanya d'una societat procedent d'un estat que no pertany al EEE, sempre que la seua llei personal ho permeti amb manteniment de la personalitat jurídica (cf. art. 94.2 de la LMESM).

El règim jurídic del trasllat de domicili s'inclou en els art. 95 i ss. de la LMESM i es pot estructurar en les fases següents:

1) Elaboració del projecte de trasllat: els administradors han de redactar i subscriure un projecte de trasllat, que ha d'incloure les mencions mínimes de l'art. 95.2 de la LMESM, que s'ha de dipositar en el Registre Mercantil (RM) i, posteriorment, s'ha de publicar en el Butlletí Oficial del Registre Mercantil (BORME). Un requisit imprescindible abans de la realització de la junta que haja d'emetre aquest acord és que s'haja efectuat el dipòsit esmentat (art. 95.3 de la LMESM).

2) Informe dels administradors en què expliquen i justifiquen detalladament el projecte de trasllat en els aspectes jurídics i econòmics, així com les conseqüències per als socis, els creditors i els treballadors (art. 96 de la LMESM).

3) Aprovació de l'acord de trasllat de domicili a l'estranger per la junta de socis, amb els requisits i les formalitats propis del règim de la societat que es trasllada (art. 97 de la LMESM).

4) Convocatòria de la junta i dret d'informació dels socis. La junta general s'ha de convocar amb una antelació mínima de dos mesos a la data prevista de realització mitjançant la publicació en el BORME i en un dels diaris de gran difusió de la província del domicili social (art. 98.1 de la LMESM). Juntament amb la convocatòria s'ha de publicar la informació indicada en l'art. 98.2 de la LMESM (informació relativa al

domicili actual i el del trasllat; el dret dels socis i els creditors d'examinar l'informe dels administradors i el projecte de trasllat, i de sol·licitar la seua remissió gratuïta; el dret de separació dels socis i el dret d'oposició dels creditors i la manera d'exercir aquests drets).

Els socis que hagen votat en contra de l'acord de trasllat del domicili a l'estranger es poden separar de la societat d'acord amb el règim previst en la LSRL. La remissió al règim de la LSRL queda plenament justificada, ja que aquesta norma preveu una regulació més completa i detallada del règim de la separació (art. 95 i ss. de la LSRL).

Els creditors que disposen d'un crèdit nascut abans de la data de la publicació del projecte de trasllat del domicili social a l'estranger tenen el dret d'oposar-se al trasllat en els termes establerts per a l'oposició a la fusió (cf. art. 44 de la LMESM).

Finalment, la LMESM estableix un control formal per a dotar de publicitat i eficàcia el trasllat de domicili. En aquest sentit, l'art. 102 estableix que l'eficàcia del trasllat, així com la modificació de l'escriptura social o dels estatuts corresponent, es produeix en la data en què la societat s'haja inscrit en el registre del nou domicili. Amb anterioritat, el registrador mercantil del domicili ha de certificar el compliment dels actes i els tràmits que la societat ha de realitzar abans del trasllat i, després de l'expedició d'aquest certificat, el registre queda tancat per a noves inscripcions (art. 101 de la LMESM).

Només es cancel·la la inscripció en el RM quan s'aporte el certificat que acredite la inscripció de la societat en el registre del nou domicili social i els anuncis d'aquesta inscripció en el BORME i en un dels diaris de gran circulació a la província en què la societat haja tingut el domicili (art. 103 de la LMESM).

1.5. La constitució de les societats de capital

1.5.1. Formalitats constitutives

Per a regular la constitució de les societats de capital, el nostre ordenament exigeix el

compliment de dos requisits o formalitats, que són comunes a totes les societats mercantils, és a dir, l'atorgament del contracte de societat en escriptura pública, i la ulterior inscripció en el Registre Mercantil (cf. art. 119 del Codi de comerç; art. 19 i 20 de la LSC).

L'escriptura és el document públic atorgat davant del notari que conté la declaració de voluntat dels socis adreçada a constituir la societat de capital (anònima, limitada o comanditària per accions). El seu contingut mínim inderogable s'estableix en l'art. 22 de la LSC (vegeu també l'art. 114 del RRM, pel que fa a les mencions obligatòries de la primera inscripció de les societats anònimes; l'art. 175 del RRM, estableix les circumstàncies de societats de responsabilitat limitada, i l'art. 213 del RRM per a la inscripció de les societats comanditàries per accions). L'article 23 de la LSC fa referència al contingut mínim dels estatuts socials. Aquests són una part integrant de l'escriptura pública de constitució comprensiva de les regles per les quals es regeix la vida social i aquest precepte es desplega en els art. 115 i ss. (societat anònima), i 175 i ss. (societat de responsabilitat limitada) del RRM. A més d'aquestes informacions, l'art. 28 de la LSC permet als socis incloure en l'escriptura o els estatuts tots els pactes que creguen convenient, sempre que no s'oposen a les lleis ni contradiguen els principis configuradors de la societat de capital de què es tracte (els límits generals de l'autonomia de la voluntat s'estableixen en l'art. 1255 del Codi civil i són d'aplicació plena al supòsit de constitució de societats mercantils).

L'escriptura ha de ser atorgada per tots els socis fundadors, siguin persones físiques o jurídiques, per ells mateixos o per mitjà de representant, els quals han d'assumir la totalitat de les participacions socials o subscriure la totalitat de les accions (art. 21 de la LSC).

La societat comença les seues operacions, excepte disposició contrària dels estatuts, en la data d'atorgament de l'escriptura de constitució. Els estatuts no poden fixar una data anterior a la de l'atorgament, excepte en el supòsit de transformació (art. 24 de la LSC). Quant al tancament de l'exercici social, excepte disposició contrària dels estatuts, coincideix amb el 31 de desembre de l'any (any natural, art. 26 de la LSC). A més, la

societat té una durada indefinida, excepte disposició contrària dels estatuts socials (art. 25 de la LSC).

En els estatuts de les societats anònimes, els fundadors i els promotors de la societat es poden reservar drets especials de contingut econòmic, el valor en conjunt dels quals, siga quina siga la naturalesa, no pot excedir el deu per cent dels beneficis nets obtinguts segons el balanç, una vegada deduïda la quota destinada a la reserva legal i per un període màxim de deu anys. Els estatuts han de preveure un sistema de liquidació per als supòsits d'extinció anticipada d'aquests drets especials. Aquests drets es poden incorporar a títols nominatius diferents de les accions, la transmissibilitat de les quals es pot restringir en els estatuts socials (art. 27 de la LSC).

L'art. 30 de la LSC estableix la responsabilitat dels fundadors, que és solidària (i arriba a les persones per compte de les quals hagen actuat aquests), davant de la societat, els socis i els tercers de la constància de l'escriptura de constitució de les mencions que exigeix la llei, de l'exactitud de totes les declaracions que hi facen i de l'adequada inversió dels fons destinats al pagament de les despeses de constitució.

Juntament amb l'escriptura i els estatuts, és freqüent que en el marc de la societat els socis adopten altres pactes de naturalesa contractual, als quals no es dota de publicitat registral. Es tracta dels anomenats *pactes parasocials* o *reservats*, que són lícits, si bé no es poden oposar a la societat (art. 29 de la LSC). Per tant, només vincularan els qui formen part d'aquests pactes, i d'ací vénen els problemes que planteja la seua creació, ja que cal garantir la plena eficàcia i l'aplicació coercitiva.

Els pactes parasocials s'han de fer públics obligatòriament si són societats cotitzades. També cal fer públics els protocols familiars (definites com el conjunt de pactes subscrits pels socis entre ells o amb tercers amb els quals mantenen vincles familiars respecte d'una societat no cotitzada, en la qual tinguen un interès comú amb vista a aconseguir un model de comunicació i consens en l'adopció de decisions per a regular les relacions entre família, propietat i empresa que afecten l'entitat). La publicitat dels

protocols familiars es troba actualment regulada en el Reial decret 171/2007, de 9 de febrer.

1.5.2. La inscripció en el Registre Mercantil

Les societats de capital adquireixen personalitat jurídica només després de la inscripció en el Registre Mercantil. L'article 33 de la LSC estableix aquesta inscripció de caràcter constitutiu.

L'article 31 de la LSC faculta els socis fundadors i els administradors de la societat per a la presentació de l'escriptura de constitució en el RM i, si s'escau, en els registres corresponents, així com per a sol·licitar o practicar la liquidació i fer el pagament dels impostos corresponents. Tenen un deure legal de presentar l'escriptura en el RM en el termini de dos mesos des de la data de l'atorgament i han de respondre solidàriament dels danys i perjudicis causats per l'incompliment d'aquesta obligació (art. 32.1 de la LSC). La inscripció només s'ha de fer després de la comprovació prèvia del fet que s'ha sol·licitat o efectuat la liquidació dels impostos corresponents a l'acte inscripcionable (art. 32.2 de la LSC).

Fins al moment de la inscripció de la societat o de l'augment del capital, si s'escau, no es poden lliurar les accions ni transmetre's accions ni participacions socials (art. 34 de la LSC).

1.5.3. Societat en formació i societat esdevinguda irregular

Amb anterioritat a la inscripció registral ens podem trobar amb dues situacions diferents, previstes en la LSC, com són la *societat en formació* (art. 36 a 38 de la LSC) i la societat que la LSC denomina *esdevinguda irregular* (art. 39 i 40 de la LSC).

El règim de la societat en formació està previst per a les societats que es troben

pendents d'inscripció en el Registre Mercantil, i que han iniciat les seues operacions (a falta de pacte, les societats poden iniciar les seues operacions des de la data d'atorgament de l'escriptura de constitució i no abans, art. 119.2 del RRM). L'art. 36 de la LSC preveu el règim dels actes i contractes de la societat en formació. D'aquesta manera, estableix que, pels actes i contractes que els administradors subscriuen en nom de la societat en formació, responen solidàriament els qui els hagen subscrit, llevat que la seua eficàcia es condicione a la inscripció i posterior assumpció per part de la societat (art. 36 de la LSC).

En altres casos es produeix una assumpció automàtica, en relació amb els actes i contractes necessaris per a la inscripció de la societat, pels actes realitzats pels administradors dins de les facultats que els confereix l'escriptura per a la fase anterior a la inscripció i pels que hagen estipulat en virtut de mandat específic les persones designades per tots els socis, i respon la societat en formació amb el patrimoni format per les aportacions dels socis, els quals responen, per tant, personalment fins al límit del que s'hagen obligat a aportar) (art. 37.1 i 37.2 de la LSC). Sempre que siguin coincidents la data de l'escriptura i la del començament de les operacions, els administradors queden plenament facultats per al desenvolupament de l'objecte social, i per a realitzar tota classe d'actes i contractes, dels quals respondran la societat en formació i els socis en els termes esmentats (art. 37.3 de la LSC).

Una vegada inscrita, la societat queda obligada pels actes i contractes, així com per tots els que accepte en el termini de tres mesos des de la inscripció. En aquests supòsits, cessa la responsabilitat solidària de socis, administradors i representants que assenyala aquest precepte (art. 38.1 i 28.2 de la LSC).

El precepte assenyala, finalment, la previsió que en el cas que el valor del patrimoni social, sumat a l'import de les despeses indispensables per a la inscripció de la societat, siga inferior a la xifra del capital social, els socis estan obligats a cobrir la diferència (art. 38.3 de la LSC), norma que s'estableix com a garantia de la formació correcta del capital social.

D'altra banda, parlarem de *societat esdevinguda irregular* quan la societat no ha estat inscrita durant el termini d'un any des de l'atorgament de l'escriptura de constitució, o bé consta la voluntat dels socis de no inscriure la societat. En realitat, el termini d'un any s'estableix per a dotar de més seguretat aquesta situació d'estat de tramitació en què es troba la societat capitalista no inscrita, respecte de la qual no es pot predicar la seua personalitat jurídica (ací la inscripció és constitutiva, ja que fins que la societat no s'ha inscrit com a tal no té efectes jurídics) i, per tant, cal determinar quin és el règim jurídic aplicable.

Els art. 39 i 40 de la LSC estableixen el règim de la societat irregular i reconeix als socis el dret d'instar la dissolució de la societat en formació i exigir, després de la liquidació prèvia del patrimoni social, la restitució de les seues aportacions (art. 40 de la LSC). A la societat irregular és aplicable la regulació de la societat col·lectiva (si el seu objecte és mercantil) o, si escau (quan l'objecte social siga civil), el propi de la societat civil (art. 39.1 de la LSC). Cal tenir en compte, en tot cas, que les societats *personalistes* són mercantils per l'objecte, però les societats de capital ho són per la forma, tal com estableix expressament l'art. 2 de la LSC.

L'article 39.2 de la LSC estableix expressament que l'apartat segon de l'art. 38 de la LSC no és aplicable a les situacions d'irregularitat i, per tant, els socis es no poden beneficiar de la norma de cessament de la seua responsabilitat si la societat accepta les actuacions que han realitzat abans de la inscripció.

1.5.4. Procediments de fundació de la societat anònima

La societat anònima es pot constituir seguint dos procediments diferents: fundació simultània i fundació successiva. En ambdós procediments es manté idèntica la xifra de capital mínim, i s'exigeix que el capital es trobe subscrit totalment, tot i que pot ser parcialment desemborsat (amb el límit mínim del 25% del valor nominal de cadascuna de les seues accions). Així, també és idèntic el termini (dos mesos) per a presentar a inscripció l'escriptura de constitució (art. 32.1 de la LSC).

a) Fundació simultània

Parlem de *fundació simultània* quan l'escriptura de constitució s'atorga en un sol acte per tots els fundadors, subscriuint entre tots els socis les accions en què es divideix el capital social (art. 21 de la LSC). És el sistema de constitució comuna o ordinària per a totes les societats de capital.

Els fundadors són els accionistes originaris, que intervenen per ells mateixos o per mitjà d'un representant, però en nom propi, en l'escriptura de constitució. Actualment ha desaparegut el límit mínim de fundadors (abans fixat en tres) i es reconeix la possibilitat de constitució d'una societat anònima unipersonal (art. 12 de la LSC).

Els fundadors tenen l'obligació de fer les gestions oportunes per a inscriure la societat en el termini de dos mesos des de la data de l'atorgament de l'escriptura social (art. 32.1 de la LSC). Els fundadors assumeixen una responsabilitat solidària, igual que els administradors, pels danys causats per l'incompliment de la seua obligació. Aquesta responsabilitat, igual que la que es recull en l'art. 30 de la LSC, s'estén igualment als fundadors ocults, per compte dels quals hagen actuat els fundadors externs.

D'altra banda, és prou habitual que els fundadors es reserven avantatges econòmics especials en recompensa per la seua tasca de creació d'una societat. Tanmateix, aquests avantatges poden perjudicar posteriorment els accionistes o els tercers, si resulten excessius i afebleixen el patrimoni social. Per això, l'art. 27.1 de la LSC estableix uns límits que s'han de respectar en l'establiment d'aquest tipus d'avantatges: el seu valor en conjunt, independentment de la seua naturalesa, no pot excedir del deu per cent dels beneficis nets obtinguts segons balanç, una vegada deduïda la quota destinada a la reserva legal i per un període màxim de deu anys. L'art. 27.2 de la LSC preveu que aquests drets es poden incorporar a títols nominatius diferents de les accions, la transmissibilitat de les quals es pot restringir en els estatuts socials (cèdules o bons de fundador).

b) La fundació successiva

Segons disposa l'art. 41 de la LSC, es produeix un procediment de fundació sempre que amb anterioritat a l'atorgament de l'escriptura pública de constitució de la societat es faça una promoció pública de la subscripció de les accions per qualsevol mitjà de publicitat o per l'actuació d'intermediaris financers.

El procediment de fundació successiva és un procés complex, en el qual podem distingir quatre fases (art. 129 a 131 del RRM; art. 41 a 55 de la LSC):

1) Redacció, dipòsit i publicitat del programa fundacional. Els promotors han de redactar el programa de fundació, en el qual exposen totes les dades de la societat projectada. Aquest programa, juntament amb un informe tècnic de viabilitat de la societat projectada, i amb un fullet informatiu, s'ha de dipositar en la Comissió Nacional del Mercat de Valors (CNMV) i en el Registre Mercantil (RM) perquè es publiqui, mitjançant un extracte, en el BORME, tot esmentant la possibilitat de consulta dels documents, tant en la CNMV com en el RM (art. 42 i 43 de la LSC).

2) Subscripció d'accions i desemborsament mínim del 25%. Els futurs socis han de subscriure el «butlletí de subscripció» i efectuar el desemborsament previst, tot dipositant l'import de les accions a nom de la societat en entitats de crèdit designades prèviament a aquest efecte (art. 44, 45 i 46 de la LSC). Els promotors han de formalitzar davant de notari la llista definitiva de subscriptors.

3) Convocatòria i realització de la junta general constituent. La junta s'ha de convocar dins del termini de sis mesos comptats a partir del dipòsit del programa fundacional (art. 47 de la LSC). Queda vàlidament constituïda si hi concorren un nombre de subscriptors, presents o representats, que represente la meitat del capital social subscrit (art. 48.2 de la LSC). Hi han de votar a favor una majoria reforçada (una quarta part dels subscriptors assistents a la junta que siguin titulars, almenys d'una quarta part del capital social subscrit) (art. 49.2 de la LSC). Per a aprovar els drets especials dels fundadors n'hi ha prou amb la majoria simple, però amb el deure d'abstenció dels

fundadors afectats. Si es pretén, d'altra banda, modificar el programa de fundació, han de votar unànimement tots els subscriptors assistents a la junta (art. 49.3 de la LSC).

4) Atorgament de l'escriptura pública de constitució per les persones que designa la junta constituent, i inscripció de l'escriptura pública de constitució en el Registre Mercantil. El termini per a l'atorgament de l'escriptura és d'un mes a partir de la realització de la junta; el termini per a la inscripció és de dos mesos des del moment de l'atorgament de l'escriptura (art. 51.1 de la LSC). Si hi ha retard en l'atorgament de l'escriptura o la inscripció, respon solidàriament les persones a qui es va encomanar aquesta funció (art. 52 de la LSC).

D'altra banda, si no s'ha inscrit l'escriptura de fundació en el termini d'un any a partir del dipòsit del programa de fundació i del fullet informatiu en el Registre Mercantil, els subscriptors poden exigir la restitució de les aportacions realitzades amb els fruits que hagen produït (art. 55 de la LSC).

En aquest procediment de fundació, es consideren promotors les persones que redacten el programa de fundació. Tenen al seu càrrec nombroses obligacions, com ara redactar el programa de fundació (art. 42 de la LSC); dipositar el programa en el Registre Mercantil i el projecte d'emissió en la CNMV (art. 43 de la LSC); convocar la junta general constituent (art. 47 de la LSC); el primer signant del programa de fundació presideix la junta general constituent (art. 48.1 de la LSC).

Estan sotmesos a un estricte règim de responsabilitat, de manera que d'acord amb l'art. 54 de la LSC, responen solidàriament davant de la societat i davant de tercers de la realitat i l'exactitud de les llistes de subscripció que han de presentar a la junta constituent; dels desemborsaments inicials exigits en el programa de fundació i de la seua adequada inversió; de la veracitat de les declaracions incloses en el programa i en el fullet informatiu, i de la realitat i el lliurament efectiu a la societat de les aportacions no dineràries.

Igualment, l'art. 53.1 de la LSC disposa que els promotors responen solidàriament de

les obligacions assumides davant de tercers amb la finalitat de constituir la societat. Una vegada inscrita, la societat assumeix les obligacions concretes legítimament pels promotors i els ha de reemborsar les despeses realitzades, sempre que la seua gestió haja estat aprovada per la junta constituent o que les despeses hagen estat necessàries (art. 53.2 de la LSC). Aquestes responsabilitats no es poden exigir directament als subscriptors, sempre que no hagen incorregut en dol o culpa (art. 53.3 de la LSC).

La LSC permet que els promotors es reserven igualment drets especials de contingut econòmic, que requereixen per a la seua creació vàlida que hagen estat esmentades en el programa de fundació i posteriorment aprovades per la junta constituent (art. 47.1.d) i 49.2 de la LSC).

1.5.5. La nul·litat de la societat de capital

La nul·litat de la societat ha de ser objecte de declaració judicial, que només es pot basar en les causes de l'article 56 de la LSC (art. 56.2 de la LSC). Són ben poc freqüents, per la seua gravetat i perquè en el nostre sistema hi ha un doble filtre de legalitat representat pel notari i el registrador mercantil.

Les causes de nul·litat que estableix l'art. 56.1 de la LSC són les següents:

- a) Perquè no ha concorregut en l'acte constitutiu la voluntat efectiva de, com a mínim, dos socis fundadors, en el cas que n'hi haja més d'un, o del soci fundador, quan es tracte de societat unipersonal.
- b) Per la incapacitat de tots els socis fundadors.
- c) Perquè no s'han expressat en l'escriptura de constitució les aportacions dels socis.
- d) Perquè no s'ha expressat en els estatuts socials la denominació de la societat.

e) Perquè no s'ha expressat en els estatuts l'objecte social o perquè aquest és il·lícit o contrari a l'ordre públic.

f) Perquè no s'han expressat en els estatuts la xifra del capital social i les aportacions dels socis.

g) Perquè no s'ha desemborsat íntegrament el capital social, en les societats de responsabilitat limitada, i perquè no s'ha realitzat el desemborsament mínim exigít per la llei, en les societats anònimes.

La declaració de nul·litat de la societat té efectes *ex nunc*, això és, des del moment en què es declare judicialment, i queda oberta la liquidació de la societat (art. 57.1 de la LSC).

La nul·litat no afecta la validesa de les obligacions o dels crèdits de la societat davant de tercers, ni la dels contrets per aquests davant de la societat, i les unes i les altres se sotmeten al règim propi de la liquidació (art. 57.2 de la LSC).

En el cas que el pagament a tercers així ho exigisca, els socis queden obligats a desemborsar els seus dividendes passius, si es tracta d'una societat anònima (art. 57.3 de la LSC). Això vol dir que si no fóra suficient el patrimoni social per a pagar els deutes socials, els creditors podrien exigir als socis que compliren amb la seua obligació principal: aportar, pagant els dividendes passius, entesos com a porció de capital encara no desemborsat (l'art. 79 de la LSC permet que el capital social, que ha de trobar-se totalment subscrit, es pot desemborsar en un mínim del 25% del valor nominal de totes i cadascuna de les accions en què es troba dividit en la societat anònima).

Si es tracta d'una societat de responsabilitat limitada, quan la societat siga declarada nul·la perquè no s'ha desemborsat íntegrament el capital social, els socis estan obligats a desemborsar la part que haja quedat pendent (art. 57.3 de la LSC).

1.6. El capital social i les aportacions socials

1.6.1. Capital i patrimoni

En l'àmbit d'aquestes formes socials és fonamental el concepte (jurídic) de *capital social*, que té diverses funcions, ja que a més de tenir una importància econòmica i comptable, i de proporcionar la mesura dels drets del soci segons la seua participació, compleix també una funció de garantia respecte de tercers, ja que serveix de punt de referència per a exigir l'aportació patrimonial efectiva a la societat i la retenció escaient del patrimoni existent.

La llei exigeix que aquesta xifra, que ha d'aparèixer obligatòriament en els estatuts, no siga purament formal, sinó que tinga una contrapartida efectiva en el patrimoni. Preocupa molt al legislador la falta de correspondència entre la xifra de capital i el patrimoni si aquest és inferior (doctrina de la infracapitalització) i, per això, s'estableixen controls no sols en el moment inicial, de constitució o d'augment del capital (art. 23.f i 56.1.f de la LSC), sinó al llarg de la vida de la societat (reducció de capital, art. 343.1 de la LSC; dissolució, art. 363.1.d de la LSC).

El legislador protegeix l'interès de tercers que posseeixen la garantia del patrimoni de la societat i, com a contrapartida de la no-responsabilitat dels socis pels deutes socials, estableix un règim rigorós que es concreta en una sèrie de principis del capital social en la societat anònima (integritat, efectivitat, etc.). El capital mínim de les societats anònimes és de 60.000 euros i el de les societats de responsabilitat limitada, de només 3.000 (art. 4 de la LSC).

No s'han de confondre, doncs, els conceptes de *capital* i *patrimoni social*. El capital social és una xifra que consta en l'escriptura, i que es correspon amb la suma dels valors nominals de les accions o participacions que en cada moment la societat tinga emeses (capital nominal). Per tant, és una xifra més o menys estable i només pot variar

si es fa una modificació estatutària. Per contra, el patrimoni fa referència al conjunt de drets i d'obligacions de valor pecuniari que pertanyen a la societat (el capital entès com una fracció abstracta d'aquest patrimoni s'anomena *capital real*).

En el moment fundacional de la societat solen coincidir el capital i l'import del patrimoni social, però no és així quan la societat inicia l'activitat (ho pot fer des de la data d'atorgament de l'escriptura pública de constitució, art. 24 de la LSC).

El patrimoni net de la societat no es troba tan sols integrat pels recursos que constitueixen el capital social, sinó també per les reserves.

Les reserves constitueixen fons propis de la societat i són igualment xifres de retenció dels elements del passiu del balanç.

Les reserves procedeixen normalment de beneficis obtinguts i no distribuïts als accionistes o socis, de primes d'emissió d'accions o participacions o, finalment, d'una infravaloració comptable de l'actiu o d'una sobrevaloració del passiu. La seua funció o finalitat econòmica és molt diversa i especialment posseeixen com a objectiu: crear un fons de previsió; assegurar l'estabilitat de l'empresa, assolir l'autofinançament; créixer la confiança dels creditors o regularitzar la percepció de beneficis per als socis.

Quant a les tipologies, poden ser legals comunes quan vénen imposades imperativament per la LSC; legals especials, per lleis especials; estatutàries; voluntàries o de lliure disposició, creades per la junta general; tàcites o ocultes, que no es reflecteixen en la comptabilitat i que procedeixen de plusvàlues, infravaloració de l'actiu o sobrevaloració del passiu.

1.6.2. Les aportacions al capital social. Aportacions dineràries i no dineràries

En el moment de la constitució de la societat anònima, el capital social ha d'estar totalment subscrit (no pot haver-hi una sola acció sense titular) i desemborsat,

almenys, en una quarta part del valor nominal de cadascuna de les seues accions (art. 79 de la LSC).

En el cas de les societats de responsabilitat limitada, l'art. 78 de la LSC disposa que les participacions socials en què es divideisca el capital d'aquesta societat han d'estar íntegrament assumides pels socis, i ha d'estar íntegrament desemborsat el valor nominal de cadascuna en el moment d'atorgar l'escriptura de constitució de la societat o d'execució de l'augment del capital social.

El desemborsament del capital social constitueix l'obligació principal del soci. L'aportació és la prestació que el soci realitza per a aconseguir la finalitat comuna que la societat pretén mitjançant l'exercici de l'activitat pròpia de l'objecte. El que s'aporta passa a formar part del patrimoni de la societat i, si no es diu una altra cosa en l'escriptura, l'aportació s'entén realitzada a títol de propietat (art. 60 de la LSC). El soci pot aportar tot allò que pugua formar part del fons comú (en concret, segons l'art. 58 de la LSC, els béns o drets patrimonials susceptibles de valoració econòmica, però no el treball).

Constitueix una especialitat de les societats capitalistes, respecte de les societats personalistes, que aquestes aportacions (art. 58 i ss. de la LSC) estan sotmeses a un règim rigorós, ja que els socis no responen dels deutes socials i els creditors només compten, en principi, amb la garantia del patrimoni social.

Segons l'art. 58 de la LSC, només poden ser objecte d'aportació els béns o drets patrimonials susceptibles de valoració econòmica, excloent-ne expressament l'aportació del treball o els serveis. D'aquesta manera, hem de distingir de manera clara el que constitueix l'aportació al capital de les denominades prestacions accessòries (art. 86 a 89 de la LSC), que tot i que poden estar vinculades a la titularitat d'accions, simplement revesteixen una naturalesa de prestacions de serveis, de fer, de no fer, o de donar a favor de la societat, normalment a canvi d'una remuneració.

a) Aportacions dineràries

Les aportacions dineràries s'han d'establir en euros, i si és en una altra moneda, se n'ha de determinar l'equivalència en euros segons disposa la llei (art. 61 de la LSC).

S'ha d'acreditar la realitat de l'aportació davant el notari que autoritza l'escriptura (de constitució, d'augment del capital o de successius desemborsaments en el cas de les societats anònimes), cosa que s'ha de fer mitjançant una certificació del dipòsit d'aquestes quantitats a nom de la societat en una entitat de crèdit, certificat que el notari ha d'incorporar a l'escriptura. També es pot lliurar l'import al notari perquè aquest constituïska el dipòsit a nom de la societat (art. 62.1 de la LSC).

La vigència de la certificació és de dos mesos a comptar des de la seua data. Mentre no transcórrega aquest període, la cancel·lació del dipòsit per qui l'haja constituït exigeix la devolució prèvia de la certificació a l'entitat de crèdit emissora (art. 62.2 i 62.3 de la LSC).

b) Aportacions no dineràries

Dins de les aportacions «susceptibles de valoració econòmica» es poden distingir les aportacions dineràries i les no dineràries o *innatura* (béns o drets diferents dels diners valorables econòmicament).

En l'escriptura de constitució o en la d'execució de l'augment del capital social s'han de descriure les aportacions no dineràries amb les seues dades registrals si n'hi ha, la valoració en euros que se'ls atribuïska, així com la numeració de les accions o participacions atribuïdes (art. 63 de la LSC).

En el cas que s'hi aporten béns mobles o immobles, o drets assimilats a aquests, l'aportador està obligat al lliurament i sanejament de la cosa objecte de l'aportació en

els termes que estableix el Codi civil per al contracte de compravenda, i s'apliquen les regles del Codi de comerç sobre el mateix contracte en matèria de transmissió de riscos (art. 64 de la LSC); si es tracta d'una aportació d'un dret de crèdit, l'aportador ha de respondre de la seua legitimitat i de la solvència del deutor (art. 65 de la LSC); si s'hi aporta una empresa o establiment, l'aportador està obligat a sanejar-ne el conjunt, si el vici o l'evicció afecten la totalitat o algun dels elements essencials per a la seua normal explotació, així com el sanejament individualitzat dels elements de l'empresa aportada que siguen d'importància pel seu valor patrimonial (art. 66 de la LSC).

En la societat anònima, la LSC imposa l'obligació que experts independents acrediten la realitat i valoració de les aportacions no dineràries per a evitar situacions d'fracapitalització material de la societat des del mateix moment de la constitució (art. 67 de la LSC). Aquest informe d'un expert independent no s'exigeix legalment per a la societat de responsabilitat limitada.

L'expert respon davant de la societat, davant dels accionistes i davant dels creditors dels danys causats per la valoració, i queda exonerat si acredita que ha aplicat la diligència i els estàndards propis de l'actuació que li haja estat encomanada. L'acció per a exigir aquesta responsabilitat prescriu als quatre anys des de la data de l'informe (art. 68 de la LSC).

La Llei 19/2005, de 14 de novembre de 2005, sobre la societat anònima europea domiciliada a Espanya, introdueix en aquest punt excepcions a l'exigència de l'informe, de manera que si es tracta d'una aportació de valor mobiliari admès a cotització en un mercat oficial, es considera com a informe de l'expert independent la certificació emesa per la societat rectora de la borsa de valors en la qual estiguen cotitzant-se aquests valors. Actualment, a més d'aquesta excepció, per la modificació que estableix la Llei 3/2009, de 3 d'abril, sobre modificacions estructurals de les societats mercantils, l'actual art. 69.b de la LSC exceptua de l'obligació d'informe de l'expert independent les aportacions diferents als valors mobiliaris a què s'ha fet referència (lletra a) d'aquest precepte). Aquests béns es valoren al preu raonable que s'haja determinat, dins dels sis mesos anteriors a la data de la realització efectiva de l'aportació, per un

expert independent amb competència professional no designat per les parts. Si es produeix amb posterioritat una alteració significativa del valor del bé, els administradors o, si no n'hi ha, els accionistes que representen almenys el 5% del capital social, poden exigir, el dia que s'adopti l'acord d'augment del capital, que el registrador mercantil del domicili social nomeni un expert independent que emeti l'informe corresponent sobre la valoració del bé que s'aporta. La sol·licitud es pot realitzar fins al dia de la realització efectiva de l'aportació, sempre que en el moment de presentar-la continuen representant almenys el 5% del capital social.

Així mateix, quan les aportacions no dineràries s'efectuen sense un informe d'experts independents designats pel registrador mercantil, els administradors han d'elaborar un informe substitutiu que descriu l'aportació, el seu valor, l'origen d'aquesta valoració i el mètode que s'ha seguit per a obtenir-la (cal adjuntar-hi la certificació de la societat rectora de la borsa sobre cotització del valor mobiliari, si escau). També ha d'incloure una declaració en la qual es precisi la correspondència entre el valor i el valor nominal o, si és el cas, la prima d'emissió de les accions atribuïdes com a contrapartida, així com una declaració en la qual afirmen que no han aparegut circumstàncies noves que puguin afectar la valoració inicial (art. 70 de la LSC).

Una còpia autenticada de l'informe de l'expert, o de l'informe dels administradors s'ha de dipositar en el Registre Mercantil en el termini màxim d'un mes des de la data efectiva de l'aportació. Tots dos informes s'han d'incorporar com a annex a l'escriptura de constitució de la societat o a la d'execució de l'augment del capital social (art. 71 de la LSC).

S'hi estableix també, durant un termini de temps de dos anys des de la inscripció de l'escriptura de constitució de la societat anònima o des de la transformació en aquest tipus social, un control especial sobre les adquisicions oneroses efectuades per la societat l'import de les quals excedisca la desena part del capital social (art. 72 de la LSC). El control suposa la necessària aprovació per part de la junta general, davant la qual els administradors han de justificar mitjançant un informe elaborat a aquest efecte l'adquisició, així com el compliment de les exigències que per a les aportacions

no dineràries assenyalada la LSC. L'informe s'ha d'incorporar a l'escriptura corresponent i així es fa públic. En tot cas, no és aplicable aquesta norma si es tracta d'adquisicions incloses en les operacions ordinàries de la societat (pròpies de la gestió corrent) o les que es verifiquen en mercat secundari oficial o en subhasta pública.

1.6.3. La responsabilitat per les aportacions no dineràries

La LSC distingeix en aquesta matèria un règim aplicable a les societats de responsabilitat limitada, del propi de la societat anònima, atès que només s'exigeix l'emissió de l'informe de l'expert o, si escau, dels administradors socials per les aportacions dineràries.

Els art. 73 a 76 de la LSC regulen la responsabilitat solidària davant dels creditors socials, dels fundadors (així com de les persones per compte de les quals aquests hagen actuat), de les persones que tinguen la condició de soci en el moment que s'acorde l'augment del capital i dels adquirents d'alguna participació desemborsada mitjançant aportacions no dineràries, de la realitat d'aquestes aportacions i del valor que se'ls haja atribuït en l'escriptura (art. 73.1 de la LSC). En els supòsits d'augment del capital, també responen solidàriament els administradors per la diferència entre la valoració que hagen realitzat i el valor real de les aportacions (art. 73.3 de la LSC).

Tanmateix, queden exonerats de responsabilitat en els augments de capital, els socis que hagen fet constar en l'acta la seua oposició a l'acord o a la valoració atribuïda a l'aportació (art. 73.2 de la LSC).

Els administradors o els liquidadors de la societat poden exercir l'acció de responsabilitat, sense necessitat d'acord previ de la societat; així mateix, també pot exercir l'acció qualsevol soci que haja votat en contra de l'acord sempre que represente, almenys, el 5% de la xifra del capital social, i qualsevol creditor en cas d'insolvència de la societat (art. 74 de la LSC).

La responsabilitat prescriu als cinc anys comptadors des del moment en què s'haja

realitzat l'aportació (art. 75 de la LSC i queden exclosos d'aquest règim solidari de responsabilitat els socis que voluntàriament hagen sotmès les seues aportacions no dineràries a valoració pericial (art. 76 de la LSC).

Pel que fa a les societats anònimes, l'art. 77 de la LSC disposa que els fundadors (o les persones per compte de les quals aquests hagen actuat) responen solidàriament davant de la societat, els accionistes i els tercers de la realitat de les aportacions socials i de la valoració de les no dineràries.

1.6.4. El desemborsament de les aportacions socials. Els desemborsaments pendents

En la societat de responsabilitat limitada, els socis han d'assumir totalment les participacions socials i han d'estar íntegrament desemborsades en el moment d'atorgar l'escriptura de constitució de la societat o d'execució de l'augment del capital social (art. 78 de la LSC). En el cas de les societats anònimes, l'art. 79 de la LSC disposa que les accions han d'estar íntegrament subscrietes pels socis, i desemborsat, almenys, en una quarta part, el valor nominal de cadascuna en el moment d'atorgar l'escriptura de constitució de la societat o d'execució de l'augment del capital social (principi d'íntegra subscripció i desemborsament mínim del capital social en la societat anònima).

Com es desprèn d'ambdues normes, només trobarem desemborsaments pendents (dividends passius) en les societats anònimes.

L'art. 80 de la LSC estableix el règim de les aportacions no dineràries ajornades i se n'ha de determinar en l'escriptura la naturalesa, el valor i el contingut, la forma i el procediment d'efectuar-les, amb esment exprés del termini de desemborsament, que no pot excedir els cinc anys des de la constitució de la societat o de l'acord d'augment del capital social. L'informe de l'expert o, si s'escau, el dels administradors s'ha d'incorporar com a annex a l'escriptura en la qual conste la realització d'aquests desemborsaments ajornats.

El règim general dels desemborsaments pendents a càrrec del soci s'estableix en els art. 81 a 85 de la LSC. Evidentment, l'accionista ha de completar l'aportació promesa, i ha de fer-ho dins dels terminis i en la forma previstos en els estatuts socials. L'exigència del pagament s'ha de notificar als afectats o anunciar-se en el BORME; entre la data de l'enviament de la comunicació o la de l'anunci i la data del pagament ha de transcórrer, almenys, un mes (art. 81 de la LSC).

L'accionista que no complisca amb la seua obligació en els terminis previstos (pels estatuts o per decisió dels administradors) incorre en mora (art. 82 de la LSC), no pot exercir el dret de vot i l'import de les seues accions es dedueix del capital social per al còmput del quòrum. Tampoc no pot percebre dividendes ni subscriure preferentment noves accions ni obligacions convertibles, encara que, una vegada abonat l'import pendent juntament amb els interessos corresponents, l'accionista pot reclamar el pagament dels dividendes no prescrits, però no pot reclamar la subscripció preferent, si el termini per al seu exercici ja ha transcorregut (art. 83 de LSC).

La societat, davant l'accionista incomplidor o morós, té dues opcions: reclamar el compliment de l'obligació de desemborsament, amb abonament de l'interès legal i dels danys i perjudicis causats per la morositat, o alienar les accions a compte i risc del soci morós (art. 84.1 de la LSC). Si s'han de vendre les accions, l'alienació s'ha de verificar per mitjà d'un membre del mercat secundari oficial en el qual estiguen admeses a negociació, o per mitjà d'un fedatari públic altrament, i comporta, si escau, la substitució del títol originari per un duplicat. Si la venda no es pot efectuar, l'acció s'ha d'amortitzar i s'ha de reduir el capital en la quantitat corresponent, i queden en benefici de la societat les quantitats ja desemborsades (art. 84.2 de la LSC).

L'art. 85 de la LSC estableix, finalment, una responsabilitat especial en la transmissió d'accions no alliberades: l'adquirent d'una acció no alliberada (la que encara té desemborsaments pendents a compte del seu valor nominal) respon solidàriament amb tots els transmissors que el precedisquen i, a elecció dels administradors de la societat, del pagament de la part no desemborsada. La responsabilitat dura tres anys,

comptadors des de la data de la transmissió respectiva. Qualsevol pacte contrari a la responsabilitat solidària així determinada és nul. L'adquirent que pague pot reclamar la totalitat del que ha pagat dels adquirents posteriors.

1.6.5. Les prestacions accessòries

L'art. 58.2 de la LSC prohibeix l'aportació al capital social de la societat de capital de treball o serveis. No obstant això, en els estatuts de les societats de capital es poden establir prestacions accessòries (diferents de la principal, que és aportar), amb expressió del seu contingut determinat i si s'han de realitzar gratuïtament o mitjançant retribució, així com les eventuais conseqüències inherents al seu incompliment (art. 86.1 de la LSC).

Per tant, podem destacar, com a notes característiques de les prestacions accessòries, les següents:

- 1) No poden integrar el capital social (art. 86.2 de la LSC).
- 2) Poden consistir en un donar, un fer o un no fer.
- 3) Poden ser gratuïtes o retribuïdes (art. 86.1 de la LSC). Si són retribuïdes, els estatuts han de fer constar la compensació que haja de rebre el qui les realitze. En cap cas, la quantia de la retribució no pot excedir el valor que corresponga a la prestació (art. 87 de la LSC).
- 4) Poden establir-se amb caràcter obligatori per a tots o alguns dels socis o vincular l'obligació de realitzar-les a la titularitat d'una o diverses participacions socials o accions concretament determinades (art. 86.3 de la LSC).
- 5) L'art. 88.1 de la LSC restringeix la transmissió de les accions o participacions que porten aparellades la realització d'aquestes prestacions accessòries, o de les quals siga titular un soci personalment obligat a realitzar-les. La transmissió ha de ser

autoritzada, excepte disposició contrària dels estatuts, per la junta general en les societats de responsabilitat limitada; i pels administradors en la societat anònima. Una vegada transcorregut el termini de dos mesos des que s'haja presentat la sol·licitud d'autorització sense que la societat hi haja contestat, es considera que l'autorització ha estat concedida (art. 88.2 de la LSC).

6) La creació, la modificació i l'extinció anticipada de l'obligació de realitzar prestacions accessòries s'ha d'acordar amb els requisits previstos per a la modificació dels estatuts i requereix, a més, el consentiment individual dels obligats (art. 89, primer incís de la LSC).

7) Si els estatuts no disposen el contrari, la condició de soci no es perd per la falta de realització de les prestacions accessòries per causes involuntàries (art. 89, segon incís de la LSC).

1.7. Les accions i les participacions socials

1.7.1. Perspectives d'anàlisi de les accions i les participacions

L'estudi de les accions i les participacions es pot realitzar des de dues perspectives diferents. L'anàlisi de les accions permet, tenint en compte la naturalesa dels títols valor, considerar-les com a valors mobiliaris (art. 92.1 de la LSC).

a) Com a parts del capital

L'art. 90 de la LSC disposa que les participacions socials en la societat limitada i les accions en l'anònima són parts alíquotes, indivisibles i acumulables del capital social.

Hi ha, en conseqüència, una relació directa entre el capital social i l'acció o la participació social. De fet, tant accions com participacions tenen un import aritmètic, submúltiple de la xifra del capital, denominat valor nominal. La fixació d'aquest valor és lliure, ja que la llei no estableix un límit, només exigeix que el valor nominal conste

en els estatuts de la societat, si es tracta d'accions en el títol, i en els rebuts provisionals. Ara bé, com al llarg de la vida de les societats no solen coincidir les xifres de capital social i de patrimoni, el valor nominal de l'acció o la participació tampoc no es correspon amb el seu valor real, que s'obté dividint l'import efectiu del patrimoni entre el nombre total d'accions o de participacions; tanmateix, el valor real tampoc sol coincidir amb el valor de mercat, que s'obté fonamentalment segons els beneficis susceptibles de repartiment als socis.

Les participacions i les accions no han de ser necessàriament iguals, ja que la llei permet l'emissió de participacions o accions amb diferents valors nominals. Accions i participacions han de respondre necessàriament a una efectiva aportació patrimonial a la societat, i no es poden crear participacions o emetre accions per una xifra inferior a la del seu valor nominal (art. 59 de la LSC).

b) L'acció com a expressió de la condició de soci

La condició de soci va unida a la titularitat de l'acció o la participació. La qualitat de soci en la societat anònima és fungible (i d'alguna manera també en la societat de responsabilitat limitada) i es poden substituir uns socis per uns altres mitjançant la simple transmissió de les accions, atès que aquestes accions són l'expressió de la condició jurídica o estatus de soci com a conjunt de drets i d'obligacions. Els drets integrants de la condició jurídica de soci es poden classificar, d'una banda, en drets de naturalesa econòmica (de participar en els beneficis socials, de participar en el patrimoni resultant de la liquidació i d'exercir el dret de subscripció preferent i el d'assignació gratuïta en l'emissió de noves accions o participacions) i, de l'altra banda, en drets de naturalesa política (d'assistir i de votar en les juntes generals, d'impugnar els acords socials i l'important dret d'informació).

1.7.2. L'acció com a valor mobiliari. La representació de les accions

Les accions s'incorporen tradicionalment a títols de valors, que acrediten la condició de soci al seu tenidor legítim i ofereixen la possibilitat de realitzar transaccions fàcils i ràpides. En el moment actual, no resulta pràctica la documentació de les accions mitjançant títols, i el legislador ha permès la seua representació per simples anotacions comptables gestionades informàticament. La regulació de la societat anònima vigent permet, per tant, la representació per títols o per anotacions en compte (art. 92.1 de la LSC). Per contra, com es desprèn de l'art. 92.2 de la LSC, les participacions socials no poden estar representades mitjançant títols o anotacions en compte, ni denominar-se accions, i en cap cas tenen el caràcter de valors.

Els art. 113 a 117 de la LSC regulen la representació de les accions mitjançant títols, mentre que els art. 118 i 119 de la LSC s'ocupen de la representació de les accions mitjançant anotacions en compte.

Les accions representades per títols poden ser nominatives o al portador, si bé revesteixen necessàriament la forma nominativa mentre no se n'haja desemborsat completament l'import, quan la seua transmissibilitat estiga subjecta a restriccions, quan porten aparellades prestacions accessòries o quan així ho exigisquen disposicions especials (art. 113.1 de la LSC). Així mateix, són nominatius els resguards provisionals de les accions (art. 115.1 de la LSC).

Els títols es numeren correlativament, s'estenen en llibres talonaris, poden incorporar una o més accions de la mateixa sèrie, i han d'incloure les mencions establertes en l'art. 114.1, lletres *a*) a *g*) de la LSC. S'ha de fer constar de forma destacada en el títol el fet que l'acció no atorgue al titular el dret de vot (art. 114.2 de la LSC).

Les accions nominatives figuren en un llibre registre d'accions nominatives, que recull les successives transferències d'accions que es produïsquen. D'aquesta manera, la societat només considera accionista qui es trobe inscrit en aquest llibre, al qual té accés qualsevol soci que ho sol·licite (art. 116.1, 116.2 i 116.3 de la LSC). L'accionista té

dret, mentre no s'hagen lliurat els títols, a obtenir una certificació de les inscrites a nom seu (art. 116.5 de la LSC).

Les anotacions en compte, necessàriament nominatives, es regeixen per la normativa del mercat de valors. A més, la llei imposa a les entitats que hagen de portar els registres dels valors representats per anotacions en compte l'obligació de comunicar a la societat emissora les dades necessàries per a la identificació dels seus accionistes (art. 118.3 de la LSC). Les modificacions de les característiques de les accions representades mitjançant anotacions en compte s'ha de fer pública, una vegada formalitzada d'acord amb la llei, en el BORME i en un dels diaris de més circulació a la província del domicili social (art. 119 de la LSC).

1.7.3. La transmissió de les accions

Segons la naturalesa dels títols valor, les accions són essencialment transmissibles. La negociabilitat, tret característic dels títols valor, resulta fonamental en els títols representatius de les accions. La transmissió d'aquestes accions, doncs, permet a l'accionista abandonar la societat, ja que no pot retirar l'aportació feta al fons comú, ni resoldre a voluntat el vincle social, com ho poden fer els socis de les societats col·lectives o comanditàries constituïdes per temps indefinit.

La llei no posa a la circulació de les accions (i de les participacions socials en la societat de responsabilitat limitada) una altra limitació que la derivada de l'art. 34 de la LSC, que prohibeix la seua circulació abans de la inscripció de la societat o de l'acord d'augment del capital social en el Registre Mercantil:

a) En la circulació de les accions representades per títols, la llei distingeix entre el període en el qual encara no s'hagen imprès i lliurat els títols, i el període posterior a la impressió i el lliurament dels títols a l'accionista. En el primer període, la transmissió de les accions procedeix d'acord amb les normes sobre la cessió de crèdits i altres

drets incorporals; en el segon, cal distingir entre accions al portador i accions nominatives (art. 120 de la LSC).

b) La circulació de les accions representades per anotacions en compte es basa en les característiques següents: la transmissió té lloc per transferència comptable; la inscripció de la transmissió a favor de l'adquirent produeix els mateixos efectes que la tradició dels títols i es pot oposar a tercers des del moment que s'haja practicat la inscripció; el tercer que adquireix accions representades per anotacions en compte de la persona que apareix legitimada per a la transmissió no pot ser objecte de reivindicació, si no ha actuat de mala fe o amb culpa greu (l'art. 120 de la LSC remet a l'art. 545 del Codi de comerç). Les accions també es poden transmetre mitjançant endossament, cas en què són d'aplicació, en la mesura que siguen compatibles amb la naturalesa del títol, els articles 15, 16, 19 i 20 de la Llei canviària i del xec. Aquesta transmissió s'ha d'acreditar davant de la societat per l'exhibició del títol. Els administradors han de comprovar la regularitat de la cadena d'endossaments i inscriure la transmissió en el llibre registre d'accions nominatives.

El principi de lliure transmissió de les accions pot quedar limitat per la voluntat de la societat expressada en els estatuts o pels acords particulars dels accionistes que poden obligar-se voluntàriament a respectar determinades restriccions en la circulació dels títols. La Llei estableix exclusivament les restriccions estatutàries (art. 123 de la LSC) per ser les úniques que afecten i obliguen la societat. Les altres queden fora de l'àmbit social o corporatiu.

Les restriccions a la lliure transmissibilitat de les accions només poden recaure sobre les accions nominatives i la LSC disposa que són nul·les les clàusules que facen pràcticament intransmissible l'acció (art. 123.2 de la LSC), així com aquelles que obliguen el soci a transmetre un nombre d'accions diferent del que va oferir, o que li impedisquen obtenir el valor real de les accions (art. 123 del RRM).

Les clàusules restrictives més habituals en negocis *inter vivos* són les que condicionen la transmissió a l'autorització prèvia de la societat quan els estatuts esmenten les causes que permeten denegar-la. En aquests casos, excepte disposició contrària dels estatuts, els administradors de la societat autoritzen la concessió o la denegació i, en qualsevol cas, una vegada transcorreguts dos mesos des que es va presentar la sol·licitud d'autorització sense que la societat hi haja contestat, es considera que l'autorització s'ha concedit (art. 123.3 de la LSC).

Les restriccions a la lliure transmissibilitat només poden ser exigibles en la transmissió *mortis causa* de les accions quan així ho establisquen expressament els estatuts (art. 124.1 de la LSC). En aquest cas, la societat ha de presentar a l'hereu un adquiridor de les accions o adquirir-les ella mateixa pel seu valor raonable (determinat per un auditor de comptes, diferent de l'auditor de la societat) que tingueren en el moment en què es va sol·licitar la inscripció, d'acord amb el que preveu l'art. 146 de la LSC per a l'adquisició derivativa d'accions pròpies (art. 124.2 de la LSC).

A les transmissions forçoses s'aplica el règim propi de les transmissions *mortis causa* quan l'adquisició de les accions s'ha produït com a conseqüència d'un procediment judicial o administratiu d'execució (art. 125 de la LSC).

1.7.4. La transmissió de les participacions socials

Resulta interessant assenyalar, en primer lloc, una primera distinció entre el règim propi de la societat anònima i el de la societat de responsabilitat limitada en aquest punt. En la societat anònima, tot i que el principi rector de la transmissió és la llibertat total, els estatuts poden establir restriccions a la lliure transmissibilitat de les accions, d'acord amb els principis i límits que estableixen els art. 120 i 123 de la LSC. No obstant això, no resulta possible la limitació total de la transmissió, perquè es consideren nul·les les clàusules que facen pràcticament intransmissible l'acció (art. 123.2 de la LSC).

Per contra, la societat limitada es configura com una societat tancada, que no pot ser convertida pels estatuts en una societat oberta, atès que es consideren nul·les les clàusules que facen pràcticament lliure la transmissió voluntària de les participacions socials per actes *inter vivos* (art. 108.1 de la LSC). La llei reconeix, això sí, casos de lliure transmissibilitat, si no hi ha una disposició contrària dels estatuts, en relació amb el cònjuge, els ascendents i els descendents del soci transmissor i altres socis, així com societats pertanyents al mateix grup (art. 107.1 de la LSC).

No obstant això, la possibilitat de tancar totalment la societat de responsabilitat limitada s'admet només si els estatuts reconeixen simultàniament un ampli <http://www.internostrum.com/insbil/index.php?lang=es-va&palabra=ampli%C3%ADsimodret> de separació al soci (art. 108.3 de la LSC), atès que en cas contrari sols es permet la restricció total per un període de durada que no pot excedir de cinc anys (art. 108.4 de la LSC).

La LSC estableix igualment la intransmissibilitat de les participacions socials abans de la inscripció de la societat o de l'acord d'augment del capital social (art. 34 de la LSC). La transmissió requereix un document públic (art. 106.1 de la LSC) i la llei regula el llibre registre de socis, al qual atorga idèntica eficàcia legitimadora que al llibre registre d'accions nominatives (art. 104.2 de la LSC: «la societat només considera soci qui està inscrit en aquest llibre»), a diferència de la normativa vigent abans del TRLSC (vegeu en aquest sentit el derogat art. 27 de la LSRL).

La llei disposa que les transmissions que no s'ajusten a les normes legals o estatutàries establertes no tenen eficàcia davant de la societat (art. 112 de la LSC).

El règim de la transmissió de les participacions socials és el vigent en la data en què el soci haja comunicat a la societat el propòsit de transmetre o, si s'escau, en la data de defunció del soci o en la de l'adjudicació judicial o administrativa (art. 111 de la LSC).

La LSC dissenya, en conseqüència, un règim de transmissió supletori de la voluntat dels socis que es manifesta en els estatuts per a les societats de responsabilitat limitada, amb les característiques següents:

1) Transmissió *inter vivos*

La LSC estableix una sèrie de límits a l'autonomia de la voluntat dels socis en l'establiment de les regles per les quals s'ha de regir la transmissió *inter vivos* i, d'aquesta manera, l'art. 108 de la LSC proscriu les clàusules que facen pràcticament lliure la transmissió de les participacions *inter vivos*, les clàusules que obliguen el soci a transmetre un nombre de participacions diferent al que desitja oferir i les clàusules que limiten totalment la transmissibilitat de les participacions sense reconèixer un dret de separació simultani o sense establir una durada limitada d'aquesta situació, que no pot en cap cas excedir de cinc anys.

El règim legal que estableix l'art. 107 de la LSC és el següent:

- a) La transmissió *inter vivos* és lliure a favor de familiars del soci (cònjuge, ascendent, descendent) o a favor de societats integrants en el mateix grup que la transmissora (el grup s'entén com a unitat econòmica i empresarial a aquest efecte).

- b) Les altres transmissions *inter vivos* se sotmeten a les limitacions estatutàries, que poden consistir en l'autorització prèvia o el consentiment de la societat; el reconeixement d'un dret d'adquisició preferent a favor dels socis o de tercers, entre altres. En cas d'absència de disposició estatutària, o en el cas de remissió dels

estatuts a la disciplina legal, el règim de la transmissió és el de l'art. 107 de la LSC, que subordina la transmissió proposada al consentiment de la societat, mitjançant un acord de la junta general.

2) Transmissió *mortis causa* i forçosa

En els supòsits d'adquisició de les participacions per successió hereditària, la llei assenyala que, en principi, l'hereu adquireix la condició de soci, tot i que els estatuts poden establir a favor dels socis sobrevivents un dret d'adquisició preferent pel seu valor raonable en el moment de la defunció (art. 110 de la LSC). Quant a la valoració de la participació del soci mort, es regeix pel que estableix la llei per al supòsit de separació de socis, i l'import s'ha de pagar al comptat. La llei estableix, així mateix, en l'art. 110.2 de la LSC, que el dret d'adquisició s'ha d'exercir en el termini màxim de tres mesos a comptar des de la comunicació a la societat de l'adquisició hereditària.

Finalment, la transmissió forçosa es troba regulada en l'art. 109 de la LSC, que es limita a establir una sèrie de normes de procediment aplicables en cas d'embargament de les participacions i permet, en determinades condicions, la subrogació en lloc del més-dient o del deutor als mateixos socis o a la societat.

1.7.5. Copropietat, penyora, usdefruit i embargament d'accions i participacions socials

La LSC (art. 126 a 133 de la LSC) regula la copropietat o la constitució de drets reals limitats sobre les participacions socials o les accions. Si es tracta d'accions, i es troben representades per títols, hem de distingir segons es tracte de títols nominatius o al portador. En el primer supòsit, si hi ha copropietat o drets reals limitats, s'ha d'inscriure's en el llibre registre d'accions nominatives (art. 121.2 de la LSC). Si són al portador, els drets reals limitats incideixen sobre la possessió dels títols al portador, que passen a l'usufructuari o al creditor titular de la garantia.

Quan les accions estiguen representades mitjançant anotacions en compte, la constitució de drets reals limitats o una altra classe de gravàmens sobre les accions s'ha d'inscriure en el compte corresponent, i la inscripció equival al desplaçament possessori del títol (art. 10 de la Llei del mercat de valors).

a) Copropietat

El conjunt de drets que forma la participació social o l'acció és indivisible, segons el que disposa l'art. 90 de la LSC. No obstant això, els copropietaris d'una acció han de designar una sola persona per a l'exercici dels drets de soci i han de respondre solidàriament davant de la societat de totes les obligacions que es deriven de la condició d'accionistes. Igualment, s'hi admet la possibilitat que es pugui produir una cotitularitat de drets sobre les accions, i es pot aplicar en aquest cas la mateixa regla que en el supòsit de copropietat (art. 126 de la LSC).

b) Usdefruit

Els articles 127 a 130 de la LSC fan referència a l'usdefruit de participacions socials o accions i assenyalen que en aquest cas la qualitat de soci resideix en el nu propietari, encara que l'usufructuari és qui té dret a obtenir els dividendes produïts per les accions mentre dure l'usdefruit. L'exercici de la resta dels drets correspon, excepte pacte contrari, al nu propietari (art. 127.1 de la LSC).

La llei estableix igualment que l'usufructuari queda obligat a facilitar al nu propietari l'exercici d'aquests drets (art. 127.1, segon incís de la LSC).

Quan l'usdefruit recau sobre accions no alliberades (art. 130 de la LSC), el nu propietari és obligat davant de la societat a efectuar el pagament dels dividendes passius. Una vegada fet el pagament, té dret a exigir a l'usufructuari l'interès legal de la quantitat invertida, amb el límit de la quantitat percebuda en concepte de dividend. Així mateix,

si cinc dies abans d'acabar el termini per a realitzar el pagament, no l'haguera efectuat, el nu propietari pot pagar l'usufructuari, el qual pot exercir un dret de repetició contra aquest en acabar l'usdefruit.

L'exercici del dret de subscripció preferent mereix també l'atenció del legislador en l'art. 129 de la LSC. Aquest dret es concedeix normalment al nu propietari, però s'estableixen algunes matisacions en la llei:

1) Si el propietari no ha exercit el dret de subscripció preferent deu dies abans que finalitze el termini, l'usufructuari pot alienar aquest dret o subscriure les noves accions que li corresponguen. En aquest cas, la titularitat del preu de revenda del dret de subscripció o de les noves accions o participacions correspon al nu propietari i l'usdefruit sobre aquests béns a l'usufructuari.

2) Si s'alienen els drets d'assumpció o de subscripció, bé pel nu propietari, bé per l'usufructuari, l'usdefruit s'estén a l'import obtingut per l'alienació.

3) Si s'assumeixen noves participacions o se subscriuen noves accions, pel nu propietari o per l'usufructuari, l'usdefruit s'estén a les participacions o accions el desemborsament de les quals s'ha pogut realitzar amb el valor total dels drets utilitzats en l'assumpció o la subscripció. La resta de participacions o accions pertanyen en plena propietat a qui n'haja desemborsat l'import.

4) Si s'augmenta el capital amb càrrec als beneficis o les reserves constituïdes durant l'usdefruit, les noves accions corresponen al nu propietari, però l'usdefruit s'hi estén.

5) L'usufructuari té els mateixos drets en el cas d'emissió d'obligacions convertibles.

La LSC (art. 127.2) s'ocupa no sols de determinar qui té la qualitat de soci davant de la societat, sinó també de les relacions internes entre usufructuari i nu propietari, quan diu que en les relacions entre l'usufructuari i el nu propietari regeix el que determine

el títol constitutiu de l'usdefruit; si no n'hi ha, el que preveu aquesta llei i, supletòriament, el Codi civil (art. 467 i ss. del Codi civil).

Així mateix, l'art. 128 de la LSC disposa una sèrie de regles per a la liquidació de l'usdefruit:

1) Una vegada finalitzat l'usdefruit, l'usufructuari pot exigir del nu propietari l'increment de valor de les participacions o accions en usdefruit que corresponga als beneficis propis de l'explotació de la societat integrats durant l'usdefruit en les reserves expresses que figuren en el balanç de la societat, siga quina siga la naturalesa o denominació.

2) Dissolta la societat durant l'usdefruit, l'usufructuari pot exigir del nu propietari una part de la quota de liquidació equivalent a l'increment de valor de les participacions o accions <http://www.internostrum.com/insbil/index.php?lang=es-va&palabra=usufructuadas> que preveu l'apartat anterior. L'usdefruit s'estén a la resta de la quota de liquidació.

Si les parts no arriben a un acord entre les parts sobre l'import que cal abonar en aquests casos, l'ha de fixar un auditor de comptes, a petició de qualsevol de les parts, i pagar-ne conjuntament el cost (art. 128.3 de la LSC). Aquests imports, igual que els derivats dels art. 129 i 130 de la LSC, es poden abonar en metàl·lic o en participacions o accions de la mateixa classe que les que hagen estat subjectes a usdefruit, i se'n calcula el valor en virtut del que els corresponga d'acord amb l'últim balanç de la societat que s'haja aprovat (art. 131.1 de la LSC).

c) Penyora i embargament d'accions

En el cas de penyora d'accions, correspon al propietari, excepte disposició contrària dels estatuts, l'exercici dels drets d'accionista, i el creditor pignoratiu queda obligat a facilitar-ne l'exercici (art. 132.1 de la LSC). En la societat anònima, si el propietari

incompleix l'obligació de desemborsar els dividendes passius, el creditor pignoratiu pot complir per si mateix aquesta obligació o realitzar la penyora (art. 132.3 de la LSC).

Quan les accions estiguen admeses a cotització, en el supòsit de penyora, cal tenir en compte igualment els art. 320 a 324 del Codi de comerç, sobre els préstecs amb garantia de valors i els drets d'execució preferencial que atorguen al prestador.

Les normes sobre la penyora d'accions s'apliquen al supòsit d'embargament per expressa remissió legal, sempre que siguin compatibles amb el règim específic de l'embargament (art. 133 de la LSC).

1.7.6. Negocis sobre les participacions i accions pròpies

a) Adquisició originària

La LSC parteix del principi de prohibició de l'adquisició originària (segons l'article 134: «En cap cas les societats de capital poden assumir o subscriure les seues pròpies participacions o accions, ni les creades o emeses per la seua societat dominant»). Pel que fa als negocis sobre les participacions i accions pròpies, la LSC, d'acord amb la normativa europea, conté una regulació àmplia i complexa, amb la finalitat de protegir adequadament els interessos dels creditors.

Aquestes normes compleixen també la finalitat de protegir els socis minoritaris davant el grup de control, ja que podrien resultar perjudicats en el cas que els administradors posseïren la representació de les accions o participacions de què és titular la societat. Aquesta regulació estableix les operacions següents:

1) Els negocis sobre accions i participacions pròpies: operacions d'adquisició, originària o derivativa, que poden donar lloc al que es denomina autocartera; l'acceptació en garantia d'accions o participacions pròpies; l'assistència financera a tercers per a l'adquisició d'accions o participacions pròpies.

2) Les operacions de participació entre societats, que inclouen les participacions recíproques.

La regla general pel que fa a l'adquisició originària (en el moment constitutiu o d'augment del capital respecte de l'emissió de noves accions o l'assumpció de noves participacions) d'accions o participacions pròpies o d'accions o participacions de la societat dominant, és la prohibició, com ja hem assenyalat i imposa l'art. 134 de la LSC.

A continuació, no obstant això, la LSC distingeix les conseqüències de la infracció d'aquesta norma segons es tracte d'una societat anònima o d'una societat de responsabilitat limitada. Per a aquestes últimes, l'art. 135 de la LSC disposa que l'adquisició originària és nul·la de ple dret. En el cas de les societats anònimes, l'art. 136 de la LSC disposa que les accions subscrietes són propietat de la societat anònima subscriptora i afegeix a continuació les regles següents:

1) Si es tracta d'adquisició d'accions pròpies, responen solidàriament de l'obligació de desemborsament els fundadors o promotors i, en cas d'augment del capital, els administradors.

2) Si es tracta d'adquisició originària de participacions socials o d'accions de la societat dominant, l'obligació de desemborsar recau solidàriament sobre els administradors d'ambdues societats (emissora i subscriptora, dominant i adquirent, respectivament).

Si l'adquisició s'efectua per una persona interposada, els fundadors i, si s'escau, els administradors de la societat responen solidàriament del desemborsament de les participacions assumides o de les accions subscrietes, i la mateixa responsabilitat s'aplica als promotors de la societat anònima (art. 137 de la LSC). Si bé queden exempts de responsabilitat els qui proven no haver incorregut en culpa (art. 138 de la LSC).

Quan la societat anònima haja efectuat una adquisició originària infringint la prohibició de l'art. 134 de la LSC, ha d'alienar les accions o participacions adquirides en el termini

d'un any des de la data de la primera adquisició. Si no ho fa dins d'aquest termini, els administradors han de convocar la junta general perquè acorde la reducció del capital, després de l'amortització prèvia de les accions pròpies. Qualsevol persona interessada pot sol·licitar aquesta reducció al jutge mercantil del domicili social si la societat no ha reduït el capital dins del termini de dos mesos des de la finalització del termini per a alienar. A més, s'hi destaca el deure que pesa sobre els administradors de sol·licitar aquesta reducció al jutge si l'acord de la junta general és contrari a la reducció o no es pot aconseguir (per exemple, per paralització del funcionament de la junta general). Les participacions socials o accions de la societat dominant són alienades judicialment a instància de part interessada (art. 139 de la LSC).

b) Adquisició derivativa

La LSC manté en aquest punt la distinció del règim previst per a les societats anònimes (art. 144 a 150 de la LSC) i les societats de responsabilitat limitada (art. 140 a 143 de la LSC).

Pel que fa a la societat anònima, la LSC distingeix entre casos de lliure adquisició derivativa i d'altres supòsits en els quals aquesta adquisició es troba condicionada.

L'adquisició derivativa està lliurement autoritzada per la llei en els supòsits de l'art. 144 de la LSC:

- 1) Adquisició autoritzada per la junta general per aprovació d'un acord de reducció de capital.
- 2) Participacions o accions que formen part d'un patrimoni adquirit a títol universal.
- 3) Accions o participacions íntegrament alliberades adquirides a títol gratuït.

4) Accions o participacions íntegrament alliberades adquirides com a conseqüència d'una adjudicació judicial per satisfer un crèdit de la societat davant del seu titular.

En els supòsits 2 i 3 enunciats, la societat ha d'alienar les accions o participacions pròpies adquirides en el termini de tres anys a comptar des de la data de l'adquisició, llevat que prèviament s'hagen amortitzat amb la consegüent reducció del capital social o que, sumades a les accions que ja posseïsquen la societat adquirent i les seues filials i, si s'escau, la societat dominant i les seues filials, no excedisquen del 20% del capital social (norma que s'estableix amb caràcter general com a límit en l'art. 146.2 de la LSC). En cas d'incompliment d'aquesta norma, s'aplica el que es preveu per a les adquisicions originàries en l'art. 139.2 i 139.3 de la LSC (reducció de capital, després de l'amortització prèvia de les accions o participacions).

D'altra banda, l'art. 146 de la LSC fa referència a les adquisicions derivatives condicionades i autoritza l'adquisició si l'acord procedeix de la junta general de la societat adquirent (també de la societat dominant, quan l'operació tinga per objecte adquirir les seues accions o participacions per una altra societat del grup), acord que ha d'incloure les mencions que conté l'art. 146.1, a) de la LSC. També pot adquirir accions o participacions pròpies la societat si l'adquisició, incloses les accions que la societat o persona que actue en nom propi, però per compte d'aquella, haja adquirit amb anterioritat i tinga en cartera, no produísca l'efecte que el patrimoni net resulte inferior a l'import del capital social més les reserves legalment o estatutàriament indisponibles (art. 146.1, b) de la LSC).

És nul·la l'adquisició per la societat d'accions pròpies parcialment desemborsades, llevat que l'adquisició siga a títol gratuït, i de les que porten aparellada l'obligació de realitzar prestacions accessòries (art. 146.4 de la LSC).

La infracció d'aquestes normes suposa l'aplicació del règim d'infracció de les normes sobre adquisició originària que conté l'article 139 de la LSC (art. 147 de la LSC).

Pel que fa a les accions pròpies, l'art. 148 de la LSC estableix una sèrie de normes d'obligat compliment per la societat: queda en suspens l'exercici del dret de vot respecte d'aquestes accions, així com tots els drets polítics incorporats, mentre que els drets econòmics (a excepció del dret d'assignació gratuïta de noves accions) s'atribueixen proporcionalment a la resta de les accions; sí que es computaran a l'efecte de quòrum; cal establir en el patrimoni net del balanç una reserva indisponible equivalent a l'import d'aquestes accions computat en l'actiu; cal complir les mencions obligatòries que l'art. 148.4 de la LSC estableix en l'informe de gestió de la societat adquirent i, si s'escau, de la societat dominant.

Finalment, cal destacar que totes aquestes normes són igualment d'aplicació a l'acceptació en penyora o garantia d'accions pròpies o de la seua societat dominant per part de la societat (art. 149.1 de la LSC), però aquesta norma no s'aplica a les operacions fetes en l'àmbit de les activitats ordinàries dels bancs i altres entitats de crèdit, operacions que sí que han de complir amb el que estableix l'art. 146.3 de la LSC.

L'art. 150 de la LSC, a més, prohibeix a la societat prestar assistència financera de qualsevol tipus per a facilitar l'adquisició de les seues accions o d'accions de la seua societat dominant per un tercer. No s'aplica la norma quan s'intente facilitar als treballadors de l'empresa l'adquisició d'aquestes accions, ni tampoc a les operacions efectuades per bancs o altres entitats de crèdit en l'exercici de les seues funcions.

Pel que fa a les societats de responsabilitat limitada, la LSC també dedica uns preceptes a la regulació del denominat règim de l'autocartera i estableix la prohibició de l'adquisició originària (art. 134 de la LSC), com ja hem exposat. L'art. 140 de la LSC enumera els supòsits permesos d'adquisició derivativa en una llista tancada (les adquisicions realitzades fora d'aquests casos són nul·les de ple dret, cf. art. 140.2 de la LSC) que fa referència a les hipòtesis següents:

- 1) Quan formen part d'un patrimoni adquirit a títol universal, o siguen adquirides a títol gratuït, o com a conseqüència d'una adjudicació judicial per a satisfer un crèdit de la societat contra el seu titular.
- 2) Quan les participacions pròpies s'adquirisquen en execució d'un acord de reducció del capital adoptat per la junta general.
- 3) Quan les participacions pròpies s'adquirisquen en el cas previst en l'art. 109.3 de la LSC.
- 4) Quan l'adquisició haja estat autoritzada per la junta general, s'efectue amb càrrec de beneficis o reserves de lliure disposició i tinga per objecte participacions d'un soci separat o exclòs de la societat, participacions que s'adquirisquen com a conseqüència de l'aplicació d'una clàusula restrictiva de la seua transmissió, o participacions transmises *mortis causa*.

La societat pot conservar aquestes participacions pròpies, abans d'alienar-les o amortitzar-les, durant un termini màxim de tres anys, i la societat no pot alienar-les per un preu inferior al seu valor raonable (art. 141 de la LSC). Tanmateix, les accions o participacions de la societat dominant han de ser alienades en el termini màxim d'un any des de l'adquisició. Mentre que no siguen alienades, és aplicable l'art. 148 de la LSC (suspensió de drets) (art. 141.3 de la LSC). Per tant, s'hi aprecia una diferència amb el règim de la societat anònima, per a la qual l'art. 139.4 de la LSC preveu, si no es compleix el termini d'un any en l'alienació de les accions o participacions de la societat dominant, l'alienació judicial a instància de part interessada.

Si la societat no efectua l'alienació de les participacions pròpies en el termini de tres anys, cal amortitzar-les amb la consegüent reducció de capital, mesura que pot sol·licitar qualsevol autoritzat al jutge mercantil del domicili social si la societat les omet (art. 141.2 de la LSC).

La LSC obliga a dotar una reserva especial en el passiu del balanç, mentre conserve participacions pròpies. Així mateix, es decreta la suspensió de tots els drets d'aquestes participacions (art. 142 de la LSC).

Es prohibeix, a més a més, l'acceptació en garantia i l'assistència financera sobre participacions pròpies o emeses per societat del grup al qual pertanya la societat (art. 143.1 de la LSC). La societat de responsabilitat limitada tampoc no pot anticipar fons, concedir crèdits o préstecs, prestar garantia, ni facilitar assistència financera per a l'adquisició de les seues pròpies participacions o de les participacions creades o les accions emeses per societat del grup a la qual la societat pertanya (art. 143.2 de la LSC).

c) Règim de les participacions recíproques

Quant al règim de les participacions recíproques, l'art. 151 de la LSC prohibeix establir-les si excedeixen el 10% de la xifra de capital de les societats participades. Aquesta regla s'aplica igualment a les participacions circulars constituïdes per mitjà de societats filials.

Tanmateix, no s'aplica la normativa analitzada en relació amb les prestacions recíproques quan es tracte de participacions recíproques establertes entre una societat filial i la seua societat dominant (art. 154 de la LSC).

Quan una societat, per si mateixa o a través d'una societat filial, arribe a posseir més del 10% del capital social d'una altra societat, li ho ha de notificar immediatament, i mentrestant queden suspesos els drets corresponents a les seues participacions (art. 155.1 de la LSC). La notificació s'ha de repetir cada vegada que es realitze una nova adquisició que supere el 5% del capital social. Aquestes notificacions s'han d'incloure en la memòria explicativa d'ambdues societats (art. 155.2 de la LSC).

En el patrimoni net de la societat obligada a la reducció s'ha d'establir, d'altra banda, una reserva equivalent a l'import de les participacions recíproques que excedisquen el 10% del capital computades en l'actiu (art. 153 de la LSC).

La violació de la norma que limita les participacions recíproques determina que la societat que primer reba la notificació, ha de reduir al 10% la seua participació en el capital de l'altra. Si la reben simultàniament, l'obligació és a càrrec de les dues, llevat que acorden que l'efectue només una d'aquestes. Aquesta reducció s'ha de portar a terme en el termini màxim d'un any des de la data de la notificació, i mentrestant queda en suspens el dret de vot de les participacions que excedisquen d'aquest percentatge. Si les participacions s'han adquirit en qualsevol de les circumstàncies de lliure adquisició derivativa de les participacions socials de l'art. 144 de la LSC, el termini s'amplia als tres anys. Si la societat incompleix l'obligació de reducció, les participacions excedents s'han de vendre judicialment a instància de part interessada, i se suspenen, a més, els drets corresponents a totes les participacions que la societat incomplidora posseïska en l'altra societat (art. 152 de la LSC).

d) Disposicions comunes

L'art. 156 de la LSC considera nul qualsevol acord entre la societat i una altra persona en virtut del qual aquesta s'obligue o es legitime per a realitzar en nom propi, però per compte d'aquella, alguna de les operacions que en aquest capítol es prohibeix realitzar a la societat. Els negocis que faça la persona interposada amb tercers s'entenen efectuats per compte propi i no produeixen cap efecte sobre la societat. Els negocis que faça la persona interposada, quan la seua realització no estiga prohibida a la societat, així com les participacions o les accions pròpies, o de la societat dominant, sobre les quals recaiguen aquests negocis, queden sotmesos a les disposicions de la LCS en matèria de negocis sobre les accions o participacions socials pròpies.

Així mateix, és comú el règim sancionador que disposa l'art. 157 de la LSC, i l'art. 158 de la LSC regula que les disposicions del capítol pel que fa a operacions que tenen per

objecte participacions o accions de la societat dominant són aplicables, tot i que la societat que les realitzi no siga de nacionalitat espanyola.

1.8. Les obligacions

Així com l'emissió d'accions és l'instrument per a obtenir finançament amb recursos propis, les obligacions són l'instrument per a obtenir recursos de persones alienes a la societat, persones que passen a ser creditors de la societat. Es tracta, doncs, d'un mecanisme de finançament amb recursos aliens. Segons el tenor de l'art. 401.1 de la LSC, la societat anònima i la societat comanditària per accions poden emetre sèries numerades d'obligacions o altres valors que reconeguen o creen un deute. Les societats de responsabilitat limitada no poden emetre obligacions o altres valors negociables agrupats en emissions (art. 402 de la LSC).

El règim de les obligacions que conté la LSC s'ha de completar amb el que disposa la Llei del mercat de valors (LMV) (art. 30), que fa referència a l'emissió d'obligacions objecte d'una oferta pública de venda o d'admissió a negociació en un mercat secundari oficial, sempre que s'exigisca a l'entitat emissora que, quan faça una emissió d'obligacions, elabore un fullet d'emissió que ha de supervisar la CNMV i queden sotmeses a la LMV.

Es poden representar les obligacions mitjançant títols o mitjançant anotacions en compte (art. 5 de la LMV i 412.1 de la LSC). En aquest cas queden sotmeses a la normativa del mercat de valors (art. 412.3 de la LSC). Quan les obligacions pretenguin ser admeses a negociació en borsa, s'han de representar necessàriament mitjançant anotacions en compte.

S'hi estableix un límit a l'import total de les obligacions que pot emetre una societat, que es troba limitat, per regla general, a l'import dels seus fons propis (art. 405.1 de la LSC). No obstant això, aquesta limitació no és aplicable quan l'emissió estiga garantida amb hipoteca, penyora de valors, garantia pública o aval solidari d'entitat de crèdit

(art. 405.2 de la LSC). Si la garantia és un aval solidari d'una societat de garantia recíproca, el límit i altres condicions de l'aval queden determinats per la capacitat de garantia de la societat en el moment de prestar-lo, d'acord amb la seua normativa específica (art. 405.3 de la LSC).

Les obligacions es troben definides en l'art. 401.1 de la LSC, que les considera valors que creen o reconeixen un deute de la societat. Els subscriptors d'aquestes obligacions es converteixen en creditors de la societat i s'organitzen en un sindicat, amb la finalitat de reduir despeses d'organització i de relació amb la societat (art. 403 de la LSC).

Pel que fa als tipus d'obligacions, podem esmentar les següents:

a) Si estan representades per mitjà de títols, nominatives o al portador (art. 412.2 de la LSC).

b) Obligacions simples o garantides, que tenen garanties addicionals al patrimoni social (art. 404 de la LSC).

c) Obligacions subordinades, que se situen en un rang inferior a les obligacions de tots els creditors privilegiats i també comuns.

d) Obligacions amb interès fix o amb interès variable.

e) Obligacions convertibles o no convertibles en accions. Les primeres suposen la possibilitat que l'obligacionista es convertisca en accionista, substituint l'amortització o el desemborsament en metàl·lic de les seues obligacions per la subscripció d'accions de la societat emissora.

f) Obligacions amb o sense prima. Les obligacions amb prima retornen a l'obligacionista en el moment de l'amortització una determina suma juntament amb l'import del seu valor nominal.

g) Obligacions bescanviables <http://www.internostrum.com/insbil/index.php?lang=es-va&palabra=canjeables>, que es distingeixen de les convertibles en el fet que no converteixen les obligacions en accions, sinó que els obligacionistes tenen la possibilitat d'amortitzar les seues obligacions i obtenen a canvi accions ja emeses, de les quals la societat pot disposar perquè són accions pròpies (art. 144 de la LSC), o accions emeses per altres societats.

Quan es tracte d'una emissió d'obligacions adreçades al públic en general, cal redactar un fullet d'emissió i complir amb les normes incloses en els art. 25 i ss. de la LMV i les normes de desplegament.

El règim de la LSC es caracteritza per les regles següents:

1) L'emissió d'obligacions en una societat anònima necessita l'acord de la junta general amb el quòrum de constitució reforçat de l'art. 194 de la LSC i la majoria de l'art. 201.2 de la LSC. És possible, tanmateix, que la junta delegue aspectes de l'execució de l'emissió en l'òrgan d'administració i també autoritzar-lo perquè aquest òrgan acorde l'emissió (art. 319 del RRM).

2) L'acord d'emissió es formalitza en escriptura pública, que ha d'incloure les dades que esmenta l'art. 407 de la LSC, i s'ha d'inscriure en els registres corresponents.

3) L'emissió s'ha d'anunciar en el BORME, amb les mateixes dades de l'escriptura i la inscripció, així com el nom del comissari. Aquest requisit és necessari per a la subscripció de les obligacions o per introduir-les en el mercat (art. 408.1 de la LSC). L'incompliment d'aquesta obligació genera la responsabilitat solidària dels administradors davant els obligacionistes, pels danys causats per culpa o negligència.

4) La subscripció de les obligacions implica per a cada obligacionista la ratificació del contracte d'emissió i la seua adhesió al sindicat (art. 409 de la LSC).

5) Les primeres emissions gaudeixen de prelación davant de les posteriors pel que fa al patrimoni lliure de la societat emissora, amb independència de les variacions posteriors del seu capital (art. 410 de la LSC).

6) El sindicat d'obligacionistes ha de consentir la reducció de la xifra del capital social o l'import de les reserves, llevat que es tracte d'una emissió garantida amb hipoteca, penyora de valors, garantia pública o aval solidari d'entitat de crèdit (art. 411.1 de la LSC). Aquest consentiment no és necessari quan simultàniament s'augmente el capital social amb càrrec als comptes de regularització i actualització de balanços o a les reserves.

L'obligacionista té dret a la percepció dels interessos en les condicions fixades en l'escriptura d'emissió, així com a la percepció de lots, primes o premis (art. 407.1 de la LSC). Els interessos dels títols amortitzats que l'obligacionista reba de bona fe no poden ser objecte de repetició per la societat emissora (art. 431 de la LSC). La demora en el pagament dels interessos per més de sis mesos permet al comissari proposar al consell d'administració la destitució de qualsevol dels administradors i convocar la junta general d'accionistes, si aquells no ho fan quan estimen que han de ser substituïts (art. 428 de la LSC) i sotmetre a l'assemblea general d'obligacionistes l'execució de les garanties especials per al pagament del principal amb els interessos vençuts (art. 429 de la LSC).

L'obligacionista té també dret a l'amortització dels títols dins del termini i en la forma escaient. L'art. 432.2 de la LSC disposa que la societat està obligada a realitzar els sortejos periòdics en els termes i la forma que preveu el quadre d'amortització, amb intervenció del comissari i sempre en presència de notari, que n'ha d'alçar l'acta corresponent. La falta de compliment d'aquesta obligació autoritza els creditors per a reclamar el reemborsament anticipat de les obligacions.

El sindicat d'obligacionistes, finalment, es troba regulat en els art. 419 a 429 de la LSC. És un instrument de defensa dels interessos dels obligacionistes. Formen una

organització composta per una assemblea general com a òrgan deliberant i pel comissari, que presideix l'assemblea com a representant legal del sindicat.

La LSC exigeix la constitució d'un sindicat per cada emissió, tot i que aquesta continga diverses sèries (art. 403 de la LSC) per a les societats anònimes. Per a la resta de societats, és facultativa i s'ha de nomenar només un comissari que ha de concórrer a l'atorgament de l'escriptura d'emissió.

1.9. Drets i obligacions del soci. L'acció o la participació social com a fonament de la condició de soci

L'art. 93 de la LSC disposa que en els termes que estableix la llei, i a excepció dels casos que s'hi preveuen, són drets mínims del soci els següents:

- 1) Participar en el repartiment dels guanys socials i en el patrimoni resultant de la liquidació.

- 2) Assumpció preferent en la creació de noves participacions o el de subscripció preferent en l'emissió de noves accions o d'obligacions convertibles en accions.

- 3) Assistir i votar en les juntes generals i impugnar els acords socials.

- 4) El d'informació.

L'acció i la participació social constitueixen, per tant, no sols una part del capital de la societat, sinó la representació d'un conjunt de drets que són constitutius de la condició

de soci, si bé l'estatut jurídic del soci comprèn igualment importants obligacions al seu càrrec, d'acord amb la normativa que regeix el funcionament de la societat en la qual s'integra (art. 91 de la LSC).

Els drets del soci són proporcionals a l'aportació que haja realitzat. Si bé l'acció o la participació social són indivisibles, sí que són acumulables a altres accions o participacions (art. 90 de la LSC), de manera que un mateix soci pot posseir-ne un nombre divers i exercir els drets corresponents a cadascuna. Pot fins i tot ser titular de totes les accions o participacions, ja que el nostre ordenament admet que hi haja societats anònimes i limitades unipersonals.

El principi de proporcionalitat que hi ha entre el valor nominal de l'acció o la participació i el conjunt de drets que té el soci és una manifestació del deure d'igualtat de tracte (art. 97 de la LSC). Això no suposa que pensem que totes les accions i participacions han de tenir el mateix valor nominal, perquè la nostra LSC no estableix un valor nominal mínim ni màxim. Poden haver-hi diverses sèries d'accions, enteses com a conjunt d'accions que, encara que pertanyen a la mateixa classe, tenen el mateix valor nominal (art. 94.1 de la LSC). Per classe d'accions hem d'entendre, d'altra banda, el conjunt d'accions que atorguen al titular el mateix contingut de drets (art. 94.1 de la LSC). Es tracta de la distinció entre accions i participacions ordinàries i privilegiades, que analitzarem més endavant.

1.9.1. El conjunt de drets integrants de la condició de soci

Els drets integrants de l'estatut jurídic del soci es poden classificar segons criteris molt diversos, i així:

a) D'acord amb el contingut, podem distingir entre drets de caràcter econòmic (participar en els guanys, dret a la quota de liquidació), drets de caràcter polític (dret d'assistència, de veu i vot en les juntes generals, d'informació, de certificació,

d'impugnació d'acords socials), i drets de caràcter mixt (Vicent Chulià) (dret de subscripció preferent de noves accions o d'obligacions convertibles o d'assumpció de noves participacions socials).

b) Segons la possibilitat d'exercici, poden ser drets individuals, exercits per qualsevol soci sense considerar el nombre d'accions o de participacions que posseeix, i drets de minoria, que exigeixen posseir una determinada quota del capital social subscrit o desemborsat, segons els casos, per a exercir-lo, bé siga per un o bé per socis diversos.

c) Segons la submissió a la voluntat de la majoria, hi ha drets comuns del soci i drets especials.

L'art. 93 de la LSC s'encarrega, com ja hem assenyalat, d'enumerar els drets de l'accionista.

El primer dels drets enunciats en la norma és participar en el repartiment dels guanys socials. Aquest dret s'ha d'entendre tant com el dret del soci a no ser exclòs en el repartiment de beneficis (principi d'igualtat de tracte, art. 97 de la LSC) com el dret a una distribució anual de beneficis sempre que els estatuts no hagen establert amb caràcter general una altra cosa.

No obstant això, aquest dret és relatiu, ja que depèn del fet que hi haja beneficis i que hi concórreguen determinades circumstàncies econòmiques, entre les quals podem esmentar que hi haja un cert grau de liquiditat dins del patrimoni social, que no n'impedisca el repartiment. La junta general és l'òrgan que està facultat per a acordar, tenint en compte les circumstàncies, el repartiment o no de beneficis, i ha de tenir sempre en compte que l'interès de percepció és un interès social (dret abstracte i comú dels socis).

Només quan la junta general acorde repartir-los, naix el dret de crèdit del soci davant la societat d'exigir-ne la percepció. La junta general determina el moment i la forma de pagament. Si no ho fa, el dividend és pagador al domicili social l'endemà de l'acord.

Aquest dret de crèdit del soci davant de la societat prescriu als cinc anys, comptadors des del dia assenyalat per a començar el cobrament (art. 947.3 del Codi de comerç).

El dret a participar en el patrimoni que resulte de la liquidació de la societat és un altre dels drets econòmics del soci. La liquidació de la societat és el conjunt d'operacions destinades a fixar definitivament el patrimoni de la societat, la conversió en diners dels actius, el cobrament dels crèdits i el pagament dels deutes socials, i la divisió de l'haver líquid o el romanent entre els accionistes.

Aquesta última operació és la que fa referència al dret del soci a la quota que resulte de la liquidació. L'art. 391 de la LSC s'encarrega d'establir que aquesta operació es regeix per les normes que estableixen els estatuts o, si no n'hi ha, per les que estableix la junta general d'accionistes.

En tot cas, el segon paràgraf de l'art. 391 de la LSC estableix que s'han d'observar una sèrie de regles. S'han de satisfer tots els deutes de la societat o, almenys, consignar-ne l'import. Si els crèdits encara no estan vençuts, s'ha d'assegurar prèviament el pagament. El romanent resultant es reparteix entre els socis, d'acord amb el que disposen els estatuts i, si no hi ha una disposició estatutària, en proporció a l'import nominal de la participació en el capital (principi de proporcionalitat, principi capitalista). Tanmateix, aquesta posició no resulta tampoc equitativa quan hi ha socis que han desemborsat íntegrament les seues aportacions i altres que encara deuen dividends passius en una societat anònima o comanditària per accions. Per això, la llei estableix que en aquest cas s'ha de restituir primer als accionistes que hagen desemborsat més quantitats l'excés respecte del que haja desemborsat menys, i la resta s'ha de distribuir entre tots els socis proporcionalment al valor nominal de les seues accions (art. 392.2 de la LSC).

A continuació, l'art. 93 de la LSC fa referència al dret de subscripció preferent en l'emissió de noves accions o d'obligacions convertibles en accions. Els art. 304 i ss. de la LSC fan al·lusió al dret de subscripció preferent d'accions per als socis. Pel que fa a l'emissió d'obligacions convertibles en accions, el règim per a l'exercici del dret de subscripció preferent s'estableix en els art. 304 a 306 de la LSC, per l'efecte de la remissió que inclou l'art. 416 de la LSC.

El dret de subscripció preferent naix, per tant, en l'augment del capital amb l'emissió de noves accions o d'obligacions convertibles en accions, o en el cas d'una societat de responsabilitat limitada, en un augment del capital amb emissió de noves participacions (art. 304.1 de la LSC). No hi ha dret de preferència quan l'augment del capital és degut a l'absorció d'una altra societat o de tot o part del patrimoni escindit d'una altra societat o a la conversió d'obligacions en accions (art. 304.2 de la LSC).

Es tracta d'un dret potestatiu del soci, que pot exercir o no, i es troba sotmès a un termini de caducitat. Aquest termini és (art. 305 de la LSC):

- 1) Per a les societats limitades, en el que estableix en el moment d'adoptar l'acord d'augment, que no pot ser inferior a un mes.
- 2) En les societats anònimes, en el termini que fixen els administradors, que tampoc no pot ser inferior a un mes.
- 3) En les societats anònimes cotitzades, el termini no pot ser inferior a quinze dies (vegeu l'art. 503 de la LSC).

El termini comença a comptar des del moment en què es publica l'anunci de l'oferta de subscripció de la nova emissió o d'assumpció de les noves participacions en el BORME, o bé, en les societats de responsabilitat limitada, quan totes les accions anteriors siguin nominatives, des del moment de la comunicació personal al soci d'aquesta oferta de subscripció (art. 305.3 de la LSC).

El dret de subscripció preferent es pot transmetre en les mateixes condicions que les accions que posseïssa el soci. En el cas de participacions socials d'una societat de responsabilitat limitada, el dret d'assumpció de les noves participacions es pot transmetre a favor de les persones que puguin adquirir lliurement les participacions socials, i també a altres persones, en què la transmissió se sotmet al mateix sistema i les condicions previstos per a la transmissió *inter vivos* de les participacions socials, amb modificació, si s'escau, dels terminis establerts (art. 306 de la LSC).

Aquest dret s'ha de diferenciar del dret a l'assignació gratuïta d'accions amb càrrec a reserves i beneficis, que s'han de lliurar sempre als accionistes que ho siguin en el moment de nàixer o emetre les noves accions. Es tracta d'un dret que és també

transmissible de manera autònoma, per un preu que és o tendeix a ser el valor real estimat de les noves accions (art. 306.2 de la LSC). En els supòsits d'augment del capital, en què aquest augment es realitza només amb càrrec a reserves, no es produeix una subscripció de noves accions, sinó una assignació d'aquestes als antics accionistes de manera gratuïta i en proporció al valor nominal de les accions o de les obligacions convertibles que posseïsquen.

Igualment, no s'ha de confondre el dret de subscripció preferent d'accions o obligacions convertibles en accions (augment del capital amb emissió de noves accions) i el dret d'adquisició preferent, reconegut a vegades en els estatuts socials per als supòsits de transmissió per un soci de les seues accions, com a clàusula restrictiva de la transmissibilitat de les accions en què es divideix el capital social.

L'art. 307 de la LSC regula un dret de preferència de segon grau quan estableix que, excepte disposició contrària dels estatuts, les participacions no assumides en l'exercici del dret de preferència les ofereix l'òrgan d'administració als socis que l'hagen exercit, per a la seua assumpció i desemborsament durant un termini no superior a quinze dies des de la conclusió del que s'estableix per a l'assumpció preferent. Si hi ha diversos socis interessats a assumir les participacions ofertes, aquestes s'han d'adjudicar en proporció a les que cadascun d'ells ja tinga en la societat. Durant els quinze dies següents a la finalització del termini anterior, l'òrgan d'administració pot adjudicar les participacions no assumides a persones estranyes a la societat (art. 307 de la LSC).

No obstant això, el dret de subscripció preferent es pot excloure, en interès de la societat i per acord de la junta general, en els supòsits i segons el que disposa l'art. 308 de la LSC, que el pot suprimir també en els supòsits d'augment del capital per conversió d'obligacions en accions, o absorció d'una altra societat o de part del patrimoni escindit d'una altra societat. Cal tenir en compte que hi ha determinats supòsits en els quals és necessari adoptar l'acord d'exclusió del dret de subscripció preferent, com ara en el supòsit d'augment del capital per emissió de noves accions, en què el contravalor de l'augment és la compensació de crèdits que posseeix un

tercer davant de la societat, pel qual se li va donar entrada com a soci. Aquest condona el seu crèdit en la quantitat coincident amb el valor de les accions que subscriu.

L'art. 308.2 de la LSC imposa una sèrie de requisits per a la validesa de l'acord d'exclusió del dret de preferència:

1) Que els administradors elaboren un informe en el qual especifiquen el valor de les participacions o accions i justifiquen la proposta d'acord. En les societats anònimes, un auditor, nomenat pel registrador mercantil, ha d'elaborar un altre informe, sota la seua responsabilitat, sobre el valor raonable de les accions de la societat, sobre el valor teòric del dret de preferència i sobre el caràcter raonable de les dades incloses en l'informe dels administradors.

2) Que en la convocatòria de la junta s'haja fet constar la proposta de supressió del dret de preferència, així com el tipus de creació de les noves participacions o accions, i el dret dels socis a examinar en el domicili social els informes esmentats.

3) Que el valor nominal de les noves participacions o accions, més, si s'escau, l'import de la prima es corresponga amb el valor real atribuït a les participacions en l'informe dels administradors en el cas de la societat limitada o amb el valor que resulte de l'informe de l'auditor de comptes en el cas de les societats anònimes.

L'art. 93 de la LSC estableix que el soci té el dret d'assistir i votar en les juntes generals. En la societat limitada, els estatuts no poden exigir la titularitat d'un nombre mínim de participacions per a poder assistir a la junta general (art. 179 de la LSC). Tanmateix, en la societat anònima, els estatuts poden exigir, respecte de totes les accions, la possessió d'un nombre mínim per a poder exercir aquest dret. No obstant això, aquest nombre no pot excedir de l'u per mil del capital social (art. 179.2 de la LSC).

El soci, a més d'assistir a la junta, té el dret a participar en la presa de decisions que conformen la voluntat social, mitjançant l'exercici del seu dret de vot, el dret polític del

soci per excel·lència. L'exercici d'aquest dret es regeix igualment pel principi de proporcionalitat entre el valor nominal de l'acció o la participació i el vot. En la societat de responsabilitat limitada, excepte disposició contrària dels estatuts, cada participació social concedeix al seu titular el dret a emetre un vot (art. 188.1 de la LSC). En l'anònima, no és vàlida la creació d'accions que de manera directa alteren la proporcionalitat entre el valor nominal de l'acció i el dret de vot. A més, en l'anònima, els estatuts poden fixar amb caràcter general el nombre màxim de vots que pot emetre un mateix accionista o societats que pertanyen a un mateix grup, excepte el que es preveu per a les societats cotitzades (art. 188.2 i 188.3 de la LSC).

Els estatuts poden exigir a totes les accions, independentment de la classe o sèrie a la qual pertanyen, la possessió d'un nombre mínim de títols per a exercir personalment el dret de vot. Igualment, es pot fixar amb caràcter general el nombre màxim de vots que pot emetre un mateix accionista o les societats pertanyents a un mateix grup. A més, es permet, per a l'exercici del dret de vot, l'agrupació d'accions (art. 189.1 de la LSC).

El dret de vot que té el soci és personal, irrenunciable i intransmissible de manera separada de l'acció o la participació de qui n'és titular. El principi de lliure exercici del vot té alguns límits:

- 1) El principi d'unitat de vot, segons el qual un soci no pot votar sí a una proposta amb part de les accions o participacions i no amb les altres.
- 2) La prohibició de l'exercici del vot en cas de conflicte tècnic d'interessos soci-societat.
- 3) La vinculació convencional del vot, els pactes de vot aïllats i els sindicats de vot.

L'art. 93 de la LSC fa referència al dret del soci a la impugnació dels acords socials. Tanmateix, l'art. 206 de la LSC estableix una legitimació activa diferent segons es tracte d'un acord nul o anul·lable. En el primer cas, hi estan legitimats tots els socis, els

administradors i qualsevol tercer que acredite interès legítim; en el segon, els socis que hagen assistit a la junta i hagen fet constar en l'acta la seua oposició, els absents i els que hagen estat privats il·legítimament del vot, així com els administradors. Els socis poden, igualment, impugnar els acords del consell d'administració o de qualsevol altre òrgan col·legiat d'administració, però per a això han de posseir, almenys, el 5% del capital social (art. 251.1 de la LSC).

Finalment, l'art. 93 de la LSC atribueix als socis el dret d'informació. La llei l'enuncia com un dels drets mínims del soci, encara que cal destacar que també hi ha una ampliació del deure d'informació dels administradors, sobretot quan es tracta d'una societat que acudeix al mercat de valors.

L'art. 93 de la LSC fa referència al dret d'informació com a dret individual del soci, que es considera inderogable i és un instrument que permet al soci l'exercici d'altres drets (pensem, per exemple, en els drets d'assistència i vot en la junta general).

Ahora, el dret d'informació es concreta en dos aspectes:

1) La pretensió del soci d'obtenir determinats documents. En primer lloc, els administradors han de fer constar en la convocatòria de la junta general, ben clar, els assumptes que s'hi han de tractar. Així mateix, en aquesta convocatòria ha de constar el dret que tenen tots els accionistes d'examinar en el domicili social el text íntegre de la modificació d'estatuts que s'haja de discutir en la junta general i de l'informe que sobre aquest assumpte hagen fet els administradors, o el que realitzen, si escau, sobre les aportacions no dineràries en cas d'augment del capital, o del referent a la supressió del dret de subscripció preferent en els casos de fusió i d'escissió, o en el d'emissió d'obligacions convertibles. Fins i tot, els accionistes poden sol·licitar l'enviament gratuït d'aquests documents al seu domicili. Igualment, l'accionista pot obtenir de la societat, de manera immediata i gratuïta, els comptes anuals i els documents complementaris que s'han de sotmetre a l'aprovació de la junta general, així com

l'informe dels auditors de comptes (art. 272.2 de la LSC). El dret d'informació del soci inclou l'examen del llibre registre d'accions nominatives (art. 116.3 de la LSC).

2) En segon lloc, el dret d'informació que l'art. 196 de la LSC concedeix als accionistes de les societats de responsabilitat limitada, els permet sol·licitar per escrit, amb anterioritat a la realització de la junta o verbalment durant la reunió, els informes o aclariments que estimen necessaris sobre els assumptes inclosos en l'ordre del dia. La informació s'ha de proporcionar fins al dia de la realització de la junta general. Durant la junta, a més, els socis poden sol·licitar verbalment les informacions o els aclariments que consideren convenients sobre els assumptes inclosos en l'ordre del dia i, en cas que no siga possible satisfer el dret de l'accionista, se li ha de proporcionar la informació en el termini dels set dies següents al de la finalització de la junta. Els administradors estan obligats a proporcionar la informació sol·licitada, llevat dels casos en els quals, segons el parer del president, es considere que la informació sol·licitada perjudica l'interès social. Tanmateix, no es pot negar aquesta informació quan la sol·licitud tinga el suport d'una quarta part del capital social (art. 197 de la LSC).

Aquestes normes pretenen que els socis puguin exercir el seu dret de vot de manera «conscient i reflexiva». També cal tenir compte, en relació amb les modificacions estatutàries en les societats capitalistes, el dret d'informació reforçat que disposa l'art. 287 de la LSC.

1.9.2. Accions i participacions ordinàries i privilegiades

Com ja hem vist, no totes les accions o participacions tenen el mateix valor nominal (sèrie), ni tampoc totes atorguen necessàriament al titular un conjunt de drets idèntic (classe). En aquest segon àmbit se centra l'anàlisi dels diversos tipus d'accions i participacions: ordinàries i privilegiades.

L'art. 94.2 de la LSC disposa, en primer lloc, que per a la creació de participacions socials i l'emissió d'accions que conferisquen algun privilegi davant les ordinàries, s'han d'observar les formalitats prescrites per a la modificació d'estatuts.

Les accions o participacions privilegiades poden sorgir en el moment fundacional, i així ha de constar en els estatuts socials (art. 23 de la LSC), o bé en un de posterior. En el cas que no conste aquesta possibilitat en els estatuts socials, cal modificar-los (art. 94.2 de la LSC). Aquest acord de modificació, ja que pot lesionar directament o indirectament els drets d'una classe d'accions o participacions, requereix, a més, l'acord corresponent de la junta general, l'acord majoritari dels socis afectats (art. 103 de la LSC).

L'art. 95 de la LSC fa referència al privilegi que consisteix en el repartiment dels guanys socials, o en la percepció d'un dividend preferent. En aquest cas, les altres participacions socials o accions no reben dividends amb càrrec als beneficis mentre no s'haja satisfet el dividend privilegiat corresponent a l'exercici. La societat, excepte disposició contrària dels estatuts, està obligada a acordar el repartiment d'aquest dividend si hi ha beneficis distribuïbles. Els estatuts han de fixar les conseqüències de la falta de pagament total o parcial del dividend preferent, així com el seu caràcter acumulatiu o no amb els dividends no satisfets, i els eventuais drets dels titulars d'aquestes participacions o accions privilegiades en relació amb els dividends que puguen correspondre a les altres.

L'art. 96 de la LSC estableix limitacions a aquests privilegis i assenyala que no es poden crear accions o participacions socials amb dret a percebre un interès, siga quina siga la forma en què es determinen, ni les accions que de manera directa o indirecta alteren la proporcionalitat entre el valor nominal de l'acció i el dret de vot o el dret de subscripció preferent (el privilegi no pot consistir a atorgar un vot plural). Tampoc no es poden crear participacions socials que de manera directa o indirecta alteren la proporcionalitat entre el valor nominal i el dret de preferència.

Dins del grup de les accions i participacions privilegiades, hem de fer referència a les accions i participacions sense vot, regulades en els art. 98 i ss. de la LSC. Les societats de responsabilitat limitada poden crear participacions socials sense dret de vot per un import nominal no superior a la meitat del capital, i les societats anònimes per un import nominal no superior a la meitat del capital social desemborsat (art. 98 de la LSC).

Els titulars d'accions o participacions sense vot tenen dret a percebre el dividend anual mínim, fix o variable, que establisquen els estatuts socials. Una vegada acordat el dividend mínim, els seus titulars tenen dret al mateix dividend que corresponga a les participacions socials o a les accions ordinàries (art. 99.1 de la LSC). Si hi ha beneficis distribuïbles, la societat està obligada a acordar el repartiment del dividend mínim (art. 99.2 de la LSC). Si no hi ha beneficis distribuïbles o no n'hi ha en una quantitat suficient, la part de dividend mínim no pagada s'ha de satisfer dins dels cinc exercicis següents. Mentre no se satisfaci el dividend mínim, les participacions i accions sense vot tenen aquest dret en igualtat de condicions que les ordinàries i conserven, en tot cas, els seus avantatges econòmics (art. 99.3 de la LSC).

Per tant, les accions o participacions sense vot atorguen als titulars una sèrie de privilegis:

1) El dret a percebre un dividend mínim, en certa manera garantit, a més del que puga correspondre a les accions o participacions ordinàries, fa que siga molt oneros per a la societat emetre aquestes accions o participacions.

En tot cas, la distribució del dividend té com a pressupost necessari que hi haja beneficis distribuïbles suficients. Si n'hi ha, la junta general està obligada a acordar el repartiment del dividend mínim. Per contra, si no n'hi ha, la part del dividend mínim s'ha de satisfer dins dels exercicis següents. Actualment, sembla que s'ha de complir en el primer exercici següent en el qual hi haja beneficis distribuïbles. Amb aquests beneficis cal

cobrir, primer, el benefici mínim de l'any i, després, els endarreriments.

La llei estableix una espècie de protecció per als socis titulars d'accions o participacions sense vot, ja que els permet l'exercici d'aquest dret mentre no siga satisfet el dividend mínim i conserven simultàniament els avantatges econòmics derivats d'aquest tipus d'accions o de participacions.

2) El dret a percebre el reemborsament de l'aportació en la liquidació de la societat, amb preferència a les altres accions o participacions (art. 101 de la LSC).

3) El dret a no quedar afectades per una reducció del capital per pèrdues fins que la reducció supere el valor nominal de la resta d'accions o de participacions socials (art. 100 de la LSC). Si, per la reducció, l'import nominal de les accions sense vot excedeix de la meitat del capital social desemborsat, s'ha de restablir aquesta proporció en el termini de dos anys. En cas contrari, s'ha de dissoldre la societat. Igualment, si, com a conseqüència de la reducció, desapareixen totes les accions ordinàries, les accions sense vot tenen aquest dret fins que es restablisca la proporció prevista legalment amb les accions ordinàries.

Igual que passa amb les accions o participacions privilegiades, tota modificació estatutària que lesione directament o indirectament els drets de les accions o participacions sense vot exigeix l'acord de la majoria de les accions o participacions que pertanyen a la classe afectada (art. 103 de la LSC).

En seu de societat cotitzada s'analitzen altres tipus d'accions privilegiades, com són les accions rescatables (art. 500 i 501 de la LSC).

1.10. Les obligacions del soci

1.10.1. L'obligació de realitzar el desemborsament promès a la societat

L'obligació principal de tot soci és realitzar el desemborsament del valor nominal de les accions o participacions socials de què siga titular. En el moment fundacional, com bé sabem, és necessari que el capital social es trobe desemborsat, almenys, en una quarta part en el cas de la societat anònima. Per a les societats de responsabilitat limitada, el capital s'ha de trobar íntegrament desemborsat en el moment constitutiu o de l'augment del capital.

El règim al qual queda sotmesa aquesta obligació del soci es troba en els art. 81 a 85 de la LSC, normes a les quals s'ha fet ja referència quan hem parlat sobre les aportacions socials i els seus desemborsaments.

Si l'accionista no desemborsa tot el valor nominal de les accions que posseeix en el termini que fixen els estatuts socials, o en el que acorden els administradors de la societat, incorre en mora, d'acord amb el que es disposa l'art. 82 de la LSC.

1.10.2. Les prestacions accessòries

Els socis es poden comprometre a realitzar prestacions diverses a les aportacions de capital, les quals es regulen en els art. 86 a 89 de la LSC.

Solen recórrer a aquestes prestacions les societats de caràcter familiar o reduït, amb la finalitat d'interessar els treballadors que tinguen la consideració d'accionistes en els resultats de la societat, o bé són utilitzades en societats que agrupen empresaris diversos per a obligar els socis a una determinada conducta (limitar la competència mitjançant obligacions de no fer). També serveixen per a la prestació d'assistència tècnica, complementària a les inversions de capital estranger.

Normalment, les prestacions accessòries consisteixen en la prestació de serveis concrets pels socis a la societat, que són remunerades a través de la participació en beneficis o

d'una altra manera.

Les prestacions accessòries poden estar vinculades o no a la titularitat d'accions concretes i determinades. En aquest cas, per a transmetre-les, excepte disposició contrària dels estatuts, és necessària l'autorització de la junta general (art. 88 de la LSC).

1.11. Òrgans de les societats de capital

Les societats capitalistes han d'actuar en el trànsit mitjançant uns instruments que la llei denomina òrgans. Com a persona jurídica, els necessita per a formar la seua voluntat i poder-la manifestar a l'exterior i per a desenvolupar l'activitat social.

En les societats de capital és necessari que hi haja dos òrgans, la junta general i l'òrgan d'administració. La condició d'òrgans necessaris suposa que són imprescindibles, formalment i materialment (no és possible buidar de contingut el conjunt de competències d'un dels òrgans a favor de l'altre).

Els òrgans necessaris de les societats de capital són la junta general (art. 159 a 208 de la LSC) i l'òrgan d'administració (art. 209 a 252 de la LSC). La LSC estableix un sistema de repartiment de les competències entre òrgans, aspecte en què es destaca alguna especialitat de la societat de responsabilitat limitada (cf. art. 161 de la LSC).

1.11.1. Junta general

a) Competència de la junta general

En la junta general es forma la voluntat social, és l'òrgan deliberant. La voluntat social s'expressa mitjançant acords sobre les matèries que són competència de la junta, que s'adopten per majoria dels socis i que vinculen tots els socis, fins i tot els dissidents i els qui no hagen participat en la reunió (art. 159 de la LSC).

L'art. 160 de la LSC disposa que és competència de la junta general deliberar i acordar sobre els assumptes següents:

- a) L'aprovació dels comptes anuals, l'aplicació del resultat i l'aprovació de la gestió social.
- b) El nomenament i la separació dels administradors, dels liquidadors i, si s'escau, dels auditors de comptes, així com l'exercici de l'acció social de responsabilitat contra qualsevol d'ells.
- c) La modificació dels estatuts socials.
- d) L'augment i la reducció del capital social.
- e) La supressió o limitació del dret de subscripció preferent i d'assumpció preferent.
- f) La transformació, la fusió, l'escissió o la cessió global d'actiu i passiu, i el trasllat de domicili a l'estranger.
- g) La dissolució de la societat.
- h) L'aprovació del balanç final de liquidació.
- i) Qualsevol altres assumptes que determinen la llei o els estatuts.

La junta general ha rebut tradicionalment la consideració d'òrgan sobirà, perquè és jurídicament superior i perquè li corresponen també les competències més importants, com ara nomenar i destituir els administradors, o obligar, mitjançant els seus acords, els administradors i tots els socis. Tanmateix, aquesta consideració mereix més d'una matisació, sobretot en relació amb les societats anònimes cotitzades (així, es poden consultar els intents de controlar el poder dels grans consells d'administració, per

exemple, en l'informe Aldama).

La junta general és un òrgan necessari i no permanent (els accionistes només es reuneixen esporàdicament en junta), i per això, tradicionalment, les facultats de gestió s'han confiat a l'òrgan d'administració. No obstant això, en relació amb les societats de responsabilitat limitada, l'art. 161 de la LSC concedeix a la junta facultats explícites en aquest punt, si bé en l'àmbit intern. En aquest sentit, el precepte disposa que «llevat de disposició contrària dels estatuts, la junta general de la societat de responsabilitat limitada pot impartir instruccions a l'òrgan d'administració o sotmetre a autorització l'adopció per l'òrgan esmentat de decisions o d'acords sobre determinats assumptes de gestió, sense perjudici del que estableix l'article 234».

En efecte, d'aquest precepte es desprèn l'establiment d'un règim dispositiu de repartiment de competències entre els òrgans socials en la societat limitada que permet de manera directa la participació en la gestió de la junta general. Malgrat que la LSC, en l'article 209, atribueix, de manera expressa, la gestió i la representació a l'òrgan d'administració, en la societat limitada, societat tancada per naturalesa, en què els socis no són administradors però no volen desvincular-se de determinades decisions sobre la gestió social, és possible, tot i que amb una eficàcia merament interna (art. 234 de la LSC), que la junta general hi participe o intervinga, tal com disposa la LSC pel que fa a la gestió social. D'altra banda, aquesta intervenció suposa una possibilitat de control *a priori* o preventiu de l'actuació dels administradors en determinades circumstàncies (conflicte puntual d'interès, necessitat de controlar cautelament la seua activitat, etc.).

Com a norma especial per a les societats de responsabilitat limitada, l'art. 162 de la LSC permet la concessió de crèdits i garanties a socis i administradors, mitjançant un acord concret de la junta general per a cada cas. La junta general pot anticipar fons, concedir crèdits o préstecs, prestar garanties i facilitar assistència financera a socis i administradors. No és necessari, tanmateix, l'acord de la junta general per a realitzar els actes anteriors a favor d'una altra societat que pertany al mateix grup.

b) Classes de junta

Les juntes generals poden ser ordinàries o extraordinàries (art. 163 de la LSC). La junta general ordinària, convocada prèviament a aquest efecte, es reuneix necessàriament dins dels sis primers mesos de cada exercici per a aprovar, si s'escau, la gestió social, els comptes de l'exercici anterior i resoldre sobre l'aplicació del resultat. És vàlida encara que haja estat convocada o es realitze fora de termini.

D'altra banda, tota junta que no siga la que preveu l'article anterior té la consideració de junta general extraordinària.

c) Funcionament de la junta

L'iter del funcionament de la junta és el següent:

- Convocatòria de la junta (amb la forma, el termini i els contingut exigits). La Junta general la convoquen els administradors i, si s'escau, els liquidadors de la societat (art. 166 de la LSC), amb una antelació mínima d'un mes a la data de realització de la junta en les societats anònimes i de quinze dies en les societats de responsabilitat limitada (art. 176 de la LSC). Els administradors assumeixen el deure de convocar la junta, sempre que ho consideren necessari o convenient per als interessos socials i, en tot cas, en les dates o els períodes que determinen la llei i els estatuts (art. 167 de la LSC).

Els socis que representen, almenys, el cinc per cent del capital social poden sol·licitar la convocatòria de la junta general, i han d'indicar en la sol·licitud els assumptes que cal tractar. Els administradors han de convocar en aquest cas, necessàriament, la junta perquè es realitze dins del mes següent a la data del requeriment notarial de convocatòria als administradors, i s'han d'incloure en l'ordre del dia els assumptes que hagen sol·licitat els socis (art. 168 de la LSC).

Si la junta general ordinària o les juntes previstes no es convoquen dins del termini legal

o estatutàriament establert, qualsevol soci pot sol·licitar davant el jutge mercantil del domicili social, després de l'audiència prèvia dels administradors, la convocatòria de la junta. Si els administradors no atenen la sol·licitud de convocatòria de la minoria de socis, pot realitzar la convocatòria el jutge mercantil del domicili social, amb l'audiència prèvia dels administradors (art. 169 de la LSC).

Qualsevol soci també està legitimat per a sol·licitar la convocatòria de la junta general al jutge mercantil del domicili social per al nomenament d'administradors en cas de mort o cessament de l'administrador únic, de tots els administradors solidaris o d'algun dels mancomunats, o bé de la majoria dels membres del consell d'administració, sense que hi haja suplents (art. 171 de la LSC). A més, per a flexibilitzar la convocatòria d'aquesta junta, l'art. 171 disposa que qualsevol dels administradors que continuen en l'exercici del càrrec pot convocar la junta general amb aquest únic objecte.

El règim de convocatòria de la junta general en la societat anònima permet que els accionistes que representen, almenys, el 5% del capital social poden sol·licitar que es publiqui un complement de la convocatòria d'una junta general d'accionistes que incloga un o més punts en l'ordre del dia. Aquest complement s'ha de publicar amb quinze dies d'antelació com a mínim a la data establerta per a la reunió de la junta. En cas d'incompliment en el termini fixat és causa de nul·litat de la junta (art. 172 de la LSC).

La junta general s'ha de convocar mitjançant un anunci publicat en el BORME i en un dels diaris de més circulació en la província del domicili social, encara que els estatuts de la societat de responsabilitat limitada poden substituir aquest sistema per un anunci publicat en un determinat diari de circulació al terme municipal en què es trobe situat el domicili social, o per qualsevol procediment de comunicació, individual i escrita, que asseure la recepció de l'anunci per tots els socis en el domicili designat a aquest efecte o en el que conste en el llibre registre de socis. En cas de socis que residisquen a l'estranger, els estatuts poden preveure que només siguen convocats individualment si han designat un lloc del territori espanyol per a notificacions (art. 173 de la LSC). El

termini mínim de quinze dies de l'art. 176 de la LSC es computa des de la data en què s'haja remès l'anunci a l'últim d'ells (art. 176.2 de la LSC).

La convocatòria ha d'incloure les mencions de l'art. 174 de la LSC (nom de la societat, de la data i l'hora de la reunió, l'ordre del dia en el qual figuren els assumptes que cal tractar). En la societat de responsabilitat limitada, en l'anunci de convocatòria per mitjà de comunicació individual i escrita, hi ha de constar, així mateix, el nom de la persona o persones que realitzen la comunicació.

La junta general s'ha de realitzar al terme municipal on la societat tinga el domicili, excepte disposició contrària dels estatuts. Si la convocatòria no indica el lloc de realització, s'entén que té lloc al domicili social (art. 175 de la LSC).

En l'anunci de la convocatòria de les societats anònimes, s'hi pot fer constar, si cal, la data en què la junta s'ha de reunir en segona convocatòria. Entre la primera i la segona convocatòria ha de passar, almenys, un termini mínim de 24 hores (art. 177.1 i 177.2 de la LSC). Si la junta general convocada degudament no es realitza en primer convocatòria, ni s'ha previst en l'anunci la data de la segona, s'ha d'anunciar, amb els mateixos requisits de publicitat que la primera, dins dels quinze dies següents a la data de la junta no realitzada i amb vuit d'antelació a la data de la reunió (art. 177.3 de la LSC).

Així mateix, l'ordre del dia que incloga una modificació estatutària s'ha d'ajustar, pel que fa a la seua composició, al que disposa l'art. 287 de la LSC.

Tanmateix, és possible que es faça una junta general sense necessitat de convocatòria. És la denominada junta universal, que queda vàlidament constituïda per a tractar qualsevol assumpte, sense necessitat de convocatòria prèvia, sempre que siga present o representada la totalitat del capital social i els concurrents accepten per unanimitat la realització de la reunió. La junta universal es pot reunir en qualsevol lloc del territori nacional o de l'estranger (art. 178 de la LSC).

- Constitució de la junta (dret d'assistència a la junta de tots els socis, personalment o per representant). En la societat de responsabilitat limitada, tots els socis tenen dret a assistir a la junta, i els estatuts no poden exigir per a l'assistència a la junta general la titularitat d'un nombre mínim de participacions (art. 179.1 de la LSC). A diferència del que passa en la societat anònima, el dret d'assistència del soci no es pot veure limitat i és nul·la la clàusula estatutària que així configure aquest dret [també ho és la clàusula que pretenga configurar l'assistència a la junta com una obligació del soci, RDGRN de 30 de març de 1999 (RJ 2189)].

En les societats anònimes, encara que es pot exigir la titularitat d'un nombre mínim d'accions, que mai no pot excedir de l'1 per 1000 (art. 179.2 de la LSC), es permet l'agrupació d'accions per a arribar a aquest límit. Els estatuts d'una societat anònima poden condicionar l'assistència a la junta general a la legitimació anticipada de l'accionista, però no poden impedir l'exercici d'aquest dret als titulars d'accions nominatives i d'accions representades mitjançant anotacions en compte que les tinguen inscrites en els seus registres amb cinc dies d'antelació a la data en què haja de fer-se la junta, ni als tenidors d'accions al portador que amb aquesta antelació hagen efectuat el dipòsit de les accions, o si s'escau, del certificat acreditatiu del seu dipòsit en una entitat autoritzada, en la forma prevista pels estatuts. Si els estatuts manquen de previsió sobre això, el dipòsit es pot fer en el domicili social (art. 179.3 de la LSC).

Sobre els administradors pesa el deure d'assistir a la junta general (art. 180 de la LSC). Els estatuts, a més, poden autoritzar o ordenar l'assistència de directors, gerents, tècnics i altres persones que tinguen interès en la bona marxa dels afers socials. El president de la junta general pot autoritzar l'assistència de qualsevol persona, encara que, no obstant això, la junta pot revocar aquesta autorització. Aquest règim és comú també per a la societat limitada, si bé els estatuts poden establir un règim diferent (art. 181 de la LSC). Així mateix, l'art. 182 de la LSC reconeix la possibilitat que els socis d'una societat anònima assistisquen a la junta per mitjans telemàtics, si això es troba previst estatutàriament, sempre que s'establisquen les garanties d'identitat del subjecte, els terminis, les formes i les maneres d'exercici dels drets dels accionistes previstos pels

administradors per a permetre el desenvolupament ordenat de la junta.

El soci pot assistir personalment o mitjançant representació a la junta. En la societat de responsabilitat limitada, es permet la representació per mitjà dels subjectes inclosos en l'art. 183.1 de la LSC (cònjuge, ascendent, descendent, altre soci o persona amb poder general conferit en un document públic amb facultats per a administrar tot el patrimoni del representat en territori nacional), persones vinculades a l'àrea personal del soci, o autoritzades pels estatuts.

La representació en la societat de responsabilitat limitada s'ha de conferir per escrit, i si no consta en document públic, ha de ser especial per a cada junta (art. 183.2 de la LSC). En conseqüència, quan la representació s'haja atorgat en document públic, comprèn totes les juntes que tinguen lloc mentre no es revoque. No es permet al soci dissociar la representació, atès que comprèn la totalitat de les participacions de què siga titular (art. 183.3 de la LSC).

En les societats anònimes, tot accionista amb dret d'assistència es pot fer representar en la junta per mitjà d'una altra persona, encara que no siga accionista, tot i que els estatuts poden limitar aquesta facultat (art. 184.1 de la LSC). La representació s'ha de conferir per escrit o per mitjans de comunicació a distància que complisquen els requisits que estableix aquesta llei per a l'exercici del dret de vot a distància, i amb caràcter especial per a cada junta (art. 184.2 de la LSC).

La representació és revocable i l'assistència personal del representat s'entén com a revocació (art. 185 de la LSC).

Així mateix, l'art. 186 de la LSC regula el supòsit de sol·licitud pública de representació en les societats anònimes. En aquestes societats, quan els mateixos administradors, les entitats dipositàries dels títols o les encarregades del registre d'anotacions en compte sol·liciten la representació per a ells mateixos o per a un altre i, en general, sempre que la sol·licitud es formule de forma pública, el document en què conste el poder ha

d'incloure o portar annex l'ordre del dia, així com la sol·licitud d'instruccions per a l'exercici del dret de vot i la indicació del sentit en què vota el representant en cas que no s'impartisquen instruccions precises. El representant pot votar en sentit diferent quan es presenten circumstàncies ignorades en el moment de l'enviament de les instruccions, i es corre el risc de perjudicar els interessos de la persona representada. En cas de vot emès en sentit diferent de les instruccions, el representant ha d'informar immediatament el representat, per mitjà d'un escrit en què explique les raons del vot (art. 186.2 de la LSC).

En tot cas, s'entén que hi ha una sol·licitud pública de representació quan una mateixa persona té la representació de més de tres accionistes (art. 186.3 de la LSC).

La junta general de la societat anònima es regeix pel que disposen els art. 193 i 194 de la LSC. Pel que fa a la constitució de la junta, el quòrum necessari és el 25% del capital subscrit amb dret de vot (present o representat), en primera convocatòria; en segona convocatòria, es constitueix vàlidament, siga quin siga el percentatge de capital que hi concórrega (amb el límit que ha de ser necessàriament inferior al que hagen establert per a la primera convocatòria), excepte disposició dels estatuts que augmente aquests mínims. L'art. 194 de la LSC estableix els supòsits especials de constitució (augment o reducció de capital i qualsevol altra modificació estatutària, emissió d'obligacions, supressió o limitació del dret d'adquisició preferent, transformació, fusió, escissió o cessió global d'actiu i de passiu, i el trasllat del domicili social a l'estranger), de manera que en aquests supòsits els percentatges passen a ser del 50% en primera convocatòria i del 25% en segona. Si es constitueix la junta amb un percentatge inferior al 50% en segona convocatòria, s'exigeix que voten a favor de l'acord els socis que representen almenys les dues terceres parts del capital present o representat en la junta, tal com disposa l'art. 201.2 de la LSC (es tracta igualment de mínims de quòrum que els estatuts poden augmentar, però sense arribar mai a la unanimitat, atès que el principi de majoria és un dels principis essencials que regeixen el funcionament de la societat anònima).

- Constitució de la mesa de la junta. En aquest moment, es nomena el president i el secretari d'acord amb el disposa l'art. 191 de la LSC. I, tot seguit, s'ha d'elaborar la llista d'assistents (art. 192 de la LSC).

Les juntes generals tenen lloc el dia assenyalat en la convocatòria, però les sessions es poden prorrogar durant un o més dies consecutius. Aquesta pròrroga es pot acordar a proposta dels administradors o dels socis que representen la quarta part del capital present en la junta. Independentment de les sessions que es realitzen, la junta general es considera única, i s'alça una sola acta per a totes les sessions (art. 195 de la LSC).

- Discussió dels temes inclosos en l'ordre del dia. En aquest punt convé incidir en la regulació que sobre el dret d'informació del soci inclouen l'art. 196 de la LSC per a la societat de responsabilitat limitada, i l'art. 197 de la LSC per a la societat anònima, preceptes als quals s'ha fet ja referència quan s'ha tractat sobre l'estatut jurídic del soci en les societats capitalistes.

- Exercici del dret de vot per a adoptar els acords socials (adoptats per la majoria dels vots). El règim és diferent per a les societats anònimes i per a les societats de responsabilitat limitada.

En la societat de responsabilitat limitada, els acords socials s'adopten per majoria dels vots emesos vàlidament, sempre que representen almenys un terç dels vots corresponents a les participacions socials en què es dividisca el capital social. No es computen els vots en blanc (art. 198 de la LSC). Si es tracta d'acordar un augment del capital i qualsevol altra modificació estatutària, aquests acords requereixen el vot favorable de més de la meitat dels vots corresponents a les participacions en què es dividisca el capital social; si es tracta de l'autorització als administradors perquè es dediquen, per compte propi o aliè, al mateix gènere d'activitat que l'objecte social, o a un d'anàleg o complementari; la supressió o la limitació del dret de preferència en els augments de capital; la transformació, la fusió, l'escissió, la cessió global d'actiu i passiu, el trasllat de domicili a l'estranger, així com l'exclusió dels socis, requereixen el vot,

almenys, de dos terços dels vots corresponents a les participacions en què es dividisca el capital social (art. 199 de la LSC).

En les societats limitades, els estatuts poden augmentar aquestes majories i establir majories estatutàriament reforçades, però sense arribar mai a la unanimitat. Els estatuts poden exigir, a més de la proporció determinada de vots legalment o estatutàriament, el vot favorable d'un determinat nombre de socis (art. 200 de la LSC).

En les societats anònimes, els acords socials s'adopten per majoria ordinària dels vots dels accionistes presents o representats, encara que per a l'adopció dels acords de l'art. 194 de la LSC (augment o reducció de capital i qualsevol altra modificació estatutària, emissió d'obligacions, supressió o limitació del dret d'adquisició preferent, transformació, fusió, escissió o cessió global d'actiu i passiu, i el trasllat del domicili social a l'estranger) és necessari el vot dels dos terços del capital present o representat en la junta quan, en segona convocatòria, no s'arribe al quòrum del 50% del capital social subscrit amb dret de vot. En tot cas, els estatuts socials poden elevar les majories que preveuen els apartats anteriors, naturalment sense arribar a la unanimitat, encara que la LSC oblida aquesta limitació en l'art. 201 de la LSC, a diferència del que assenyala l'art. 200.1 de la LSC.

La junta ha d'aprovar l'acta al final de la reunió o, si no n'hi ha, en el termini de quinze dies, el president i dos interventors, un en representació de la majoria i un altre de la minoria (art. 202 de la LSC). A més, l'art. 203 del LSC preveu la possibilitat que l'acta siga notarial. L'acta ha d'incloure tots els acords de la junta, que poden dur a terme a partir de la data de l'aprovació de l'acta en la qual consten (art. 202.3 de la LSC).

d) Impugnació dels acords de la junta

Amb posterioritat, quan hi concórrega alguna causa que ho permeta, és possible la impugnació dels acords que siguen contraris a la llei, s'oposen als estatuts o lesionen l'interès social en benefici d'un o diversos socis o de tercers (art. 204.1 de la LSC). Són

per tant, acords:

1) Nuls, els contraris a la llei o a l'ordre públic (art. 204.2 de la LSC).

2) Anul·lables, els contraris als estatuts o que lesionen, en benefici d'un o diversos accionistes o de tercers, els interessos de la societat (art. 204.2 de la LSC).

No es pot impugnar un acord social quan s'haja deixat sense efecte o s'haja substituït vàlidament per un altre (art. 204.3 de la LSC).

El termini de caducitat de l'acció d'impugnació respecte dels primers és d'un any (llevat que siguin contraris a l'ordre públic, que no caduquen); si es tracta d'un acord anul·lable, aquest termini es redueix a quaranta dies, computats des de la data d'adopció de l'acord i, si són inscripibles, des de la data de publicació en el BORME (art. 205 de la LSC).

Els socis, els administradors i qualsevol tercer que acredite interès legítim poden impugnar els acords nuls (art. 206.1 de la LSC).

Els anul·lables poden ser impugnats pels assistents a la junta que hagen fet constar en l'acta la seua oposició a l'acord, els absents i els que hagen estat il·legítimament privats del dret al vot, així com els administradors (art. 206.2 de la LSC).

La societat està legitimada passivament. Si es tracta d'una impugnació per part d'un administrador únic, per exemple, el jutge ha de nomenar una persona que represente la societat en aquesta acció (art. 206.3 de la LSC). Els socis que hagen votat a favor de l'acord poden intervenir a costa seua en el procés per a mantenir-ne la validesa (art. 206.4 de la LSC).

El procediment que cal seguir és el judici ordinari (art. 207.1 de la LSC). La sentència ferma que declare la nul·litat d'un acord inscripible s'ha d'inscriure en el RM i se n'ha

de publicar a continuació un extracte en el BORME. En cas que l'acord impugnat estiga inscrit ja en el RM, la sentència ha de determinar la cancel·lació de la inscripció, així com la dels assentaments registrals contradictoris (art. 208 de la LSC).

1.11.2. L'òrgan d'administració en les societats capitalistes

Les societats capitalistes requereixen un òrgan permanent de gestió i representació, i, per tant, és un òrgan necessari. Aquest òrgan d'administració es troba subordinat a la junta, almenys en el sentit que es troba sotmès al seu control i que els seus membres són en principi nomenats i destituïts per aquesta. El sistema d'administració que estableix el legislador és el monista i el sistema dual només es regula per a les SAE domiciliades a Espanya que opten per aquest sistema.

a) Competència de l'òrgan d'administració

La LSC parteix de l'atribució de competència als administradors sobre la gestió i la representació de la societat en els termes que estableix la llei (art. 209 de la LSC). És la primera vegada que el legislador societari atribueix de manera expressa la gestió com a competència dels administradors, si bé això es dedueix clarament del tenor d'altres normes.

Dins de les facultats dels administradors es poden distingir:

* Facultats de gestió. La llei només s'ocupa de funcions concretes, com per exemple la formulació dels comptes anuals. Els administradors tenen, en general, les facultats de direcció i control necessàries per al bon funcionament de la societat. És habitual que els estatuts incorporin una enumeració de facultats dels administradors, però no cal que ho facin. A més, aquesta llista de facultats no és inscripció en el Registre Mercantil (art. 124.4 del RRM).

* Facultats de representació. També corresponen als administradors les facultats

derivades de la representació de la societat, en la forma en què es determina en els estatuts socials. Per a conèixer a qui s'atribueix la titularitat del poder de representació, cal tenir en compte l'estructura que s'ha triat per a l'òrgan d'administració (art. 124 i 185 del RRM).

Pel que fa a l'àmbit del poder de representació, aquest té un contingut mínim, rígid i inderogable, ja que s'estén a tots els actes inclosos dins de l'objecte social delimitat en els estatuts. Si la representació s'hi redueix, les limitacions no afecten tercers que hagen actuat de bona fe (art. 234.1 de la LSC). D'altra banda, la societat queda obligada davant de tercers que hagen actuat de bona fe i sense culpa greu, encara que dels estatuts inscrits en el RM se'n desprenga que l'acte no està comprès en l'objecte social (art. 234.2 de la LSC).

En aquest punt convé incidir en un aspecte important, com és el reconeixement a la junta general de les societats de responsabilitat limitada d'una facultat d'intervenir en la gestió social (art. 161 de la LSC), de manera que això suposa una limitació interna de la competència sobre gestió dels administradors socials en aquest tipus de societat, cosa que, com veurem, pot plantejar algun tipus de problemes pel que fa a l'exigència de responsabilitat als administradors per aquests actes que acorde la junta, en relació amb la disposició inclosa en l'art. 236.2 de la LSC.

b) Modalitats de l'òrgan d'administració

L'administració de la societat es pot confiar a un administrador únic, a diversos administradors que actuen de manera solidària o de manera conjunta o a un consell d'administració. Tanmateix, cal tenir en compte que en la societat anònima, quan l'administració conjunta es confie a més de dos administradors, han de constituir un consell d'administració (art. 210.1 i 210.2 de la LSC).

L'única peculiaritat important en relació amb les societats de responsabilitat limitada, quant a l'exercici del poder de representació dels administradors, fa referència al

supòsit de diversos administradors mancomunats (més de dos, supòsit que no es pot donar en les societats anònimes, perquè la llei estableix que el sistema d'administració en aquest cas és el consell d'administració). En aquest cas, almenys dos han d'actuar-hi conjuntament, en la forma que determinen els estatuts (RDGRN de 27 d'agost de 1998, RJ 6589/1998).

En la societat de responsabilitat limitada, els estatuts socials poden establir diferents maneres d'organitzar l'administració i atribuir a la junta de socis la facultat d'optar per qualsevol d'aquestes maneres alternativament, sense necessitat de modificació estatutària. Es tracta de la denominada clàusula d'òrgan alternatiu, que no es troba prevista en la societat anònima i que exigeix, en tot cas, la consignació en escriptura pública i ulterior inscripció en el RM (art. 210.3 i 210.4 de la LSC).

Quan els estatuts només establisquen el mínim i el màxim d'administradors, correspon a la junta general la determinació del nombre d'administradors, sense més límits que els que imposa la llei (art. 211 de la LSC).

c) Nomenament i cessament, termini de durada del càrrec

Els administradors de les societats de capital poden ser persones físiques o jurídiques, i no es requereix la condició de soci, excepte disposició contrària dels estatuts socials (art. 212 de la LSC). L'art. 213 de la LSC estableix una sèrie de prohibicions i incompatibilitats per a exercir el càrrec d'administrador, que s'han de completar amb les que estableix, si escau, la legislació especial que es pugui aplicar.

La competència per al nomenament dels administradors correspon a la junta general, i es permeten només les excepcions a aquesta regla establertes legalment (art. 214 de la LSC) (en la societat anònima, el sistema proporcional i la cooptació com a mecanismes de nomenament de consellers). El nomenament té efecte des del moment de l'acceptació de l'administrador nomenat (art. 214.3 de la LSC).

Una vegada acceptat el nomenament, s'ha de presentar a inscripció, dins dels deu dies següents a la data de l'acceptació de l'acord, en el RM (art. 215 de la LSC), fent constar la identitat dels nomenats, i si tenen la representació de la societat, si la tenen atribuïda solidàriament o conjuntament (cf. art. 124 i 185 del RRM).

Així mateix, es poden nomenar administradors suplents per al cas que cessen, per qualsevol causa, un o diversos d'aquests. El nomenament i l'acceptació dels suplents s'ha d'inscriure també en el RM, una vegada cessat el titular anterior. El suplent exerceix el càrrec durant el temps que li reste a l'administrador a qui substitueix (art. 216 de la LSC).

Els administradors de la societat anònima exerceixen el càrrec per un període màxim de sis anys; els administradors de les societats de responsabilitat limitada l'exerceixen per un temps indefinit, llevat que els estatuts establisquen un termini determinat, i poden ser novament elegits en ambdues societats per períodes de la mateixa durada (art. 221 de la LSC).

El seu nomenament caduca quan, una vegada vençut el termini, s'haja realitzat junta general o haja transcorregut el termini per a la realització de la junta que ha de resoldre sobre l'aprovació dels comptes de l'exercici anterior (art. 222 de la LSC).

Poden ser separats del càrrec en qualsevol moment per acord de la junta general, tot i que la separació no conste en l'ordre del dia de la reunió (art. 223.1 de la LSC). En les societats limitades, els estatuts poden exigir per a l'adopció d'aquest acord una majoria reforçada que no pot excedir els dos terços dels vots corresponents a les participacions en què es dividisca el capital social (art. 223.2 de la LSC).

En les societats anònimes, els administradors que hagen incorregut en qualsevol de les prohibicions legals han de ser destituïts de manera immediata, a sol·licitud de qualsevol accionista, sense perjudici de la responsabilitat derivada de la seua actuació deslleial

(art. 224 de la LSC). Els administradors i les persones que sota qualsevol forma tinguen interessos oposats als de la societat han de cessar en el càrrec a sol·licitud de qualsevol soci per acord de la junta general (art. 224.2 de la LSC).

d) La retribució dels administradors

El càrrec d'administrador s'entén que és gratuït, tret que els estatuts socials establisquen el contrari i fixen un sistema de remuneració (art. 217 de la LSC). En la societat limitada, quan la retribució no tinga com a base una participació en els beneficis, la remuneració dels administradors s'ha d'establir per a cada exercici per acord de la junta general de conformitat amb el que preveuen els estatuts (art. 217.2 de la LSC).

La llei estableix en la norma els límits a la retribució quan aquesta consisteix en una participació en els beneficis, de manera que s'han de garantir els drets dels socis per tal d'evitar així abusos per part dels membres de l'òrgan d'administració. D'aquesta manera, en la societat limitada, els estatuts han de concretar quina és aquesta participació, que no pot excedir del 10% dels beneficis repartibles entre els socis (art. 218.2 de la LSC). En la societat anònima, només es pot deduir <http://www.internostrum.com/insbil/index.php?lang=es-ca&palabra=detra%C3%ADda> dels beneficis líquids i després d'estar cobertes les atencions de la reserva legal i de l'estatutària i d'haver-se reconegut als accionistes un dividend del 4%, o el tipus més alt que els estatuts hagen establert (art. 218.2 de la LSC).

Quan la remuneració en la societat anònima consistisca en el lliurament d'accions o de drets d'opció sobre aquestes o que estiga referenciada al valor de les accions, s'ha de preveure en els estatuts de manera expressa i la seua aplicació requereix un acord de la junta general (art. 219.1 de la LSC).

En la societat de responsabilitat limitada l'establiment o la modificació de qualsevol classe de relacions de prestació de serveis o d'obra entre la societat i un o diversos dels

seus administradors requereixen, així mateix, un acord de la junta general (art. 220 de la LSC).

e) Els deures dels administradors

L'art. 225 de la LSC disposa que els administradors han d'exercir el càrrec amb la diligència d'un empresari ordenat. Cadascun dels administradors s'ha d'informar diligentment sobre la marxa de la societat. Així mateix, s'imposa als administradors un deure de lleialtat (art. 226 de la LSC), i han d'exercir el càrrec com un representant lleial en defensa de l'interès social, entès com a interès de la societat, i han de complir els deures que imposen les lleis i els estatuts.

Els administradors socials no poden utilitzar el nom de la societat ni invocar la condició d'administrador per a realitzar operacions per compte propi o de persones vinculades a aquests (art. 227 de la LSC), ni poden aprofitar, en benefici propi o de persones vinculades a l'administrador, oportunitats de negoci (art. 228 de la LSC), quan l'operació s'haja ofert a la societat o la societat hi tinga interès, sempre que la societat no haja desestimat aquesta inversió o operació sense que hi haja influència de l'administrador. L'art. 231 de la LSC determina qui té la consideració de persona vinculada a l'administrador.

El deure de lleialtat apareix en la reforma com una concreció del deure de fidelitat, i tracta sobre els conflictes d'interessos que poden sorgir entre la societat i els administradors o persones que hi estiguen vinculades. La disciplina del deure de lleialtat es compon de normes prohibitives i de deures informatius per als administradors. A més d'un deure general d'abstenció sobre qualsevol situació de conflicte d'interessos, els administradors no poden aprofitar-se d'aquesta condició per a realitzar actuacions per compte propi, i no poden tampoc aprofitar en benefici propi oportunitats de negoci plantejades a la societat i que hagen conegut per raó del càrrec. Aquestes prohibicions afecten també les persones vinculades amb els administradors.

L'art. 229 de la LSC regula, a aquest efecte, el conflicte d'interessos, de manera que els administradors han de comunicar al consell d'administració i, si no n'hi ha, als altres administradors o, si és un administrador únic, a la junta general qualsevol situació de conflicte, directe o indirecte, que puguin tenir amb l'interès de la societat. Aquest administrador s'ha d'abstenir d'intervenir en els acords o les decisions relatius a l'operació a què es referisca el conflicte. Els administradors tenen l'obligació de comunicar la participació directa o indirecta que, ells o les persones que hi estiguen vinculades, tinguen en el capital d'una societat amb el mateix gènere d'activitat que constituïska l'objecte social, o un d'anàleg o complementari, i han de comunicar igualment els càrrecs o les funcions que hi exercisquen. Aquestes situacions de conflicte s'han de reflectir en la memòria de la societat.

Sobre els administradors pesa una prohibició de competència, de manera que no es poden dedicar, per compte propi o aliè, al mateix gènere d'activitat que constituïska l'objecte social, o a un d'anàleg o complementari, excepte autorització expressa de la societat, mitjançant un acord de la junta general. En la societat de responsabilitat limitada, qualsevol soci pot sol·licitar al jutge mercantil del domicili social el cessament de l'administrador que haja infringit aquesta prohibició; si es tracta d'una societat anònima, a petició de qualsevol accionista, la junta general resol sobre el cessament dels administradors que també ho siguen d'una altra societat competidora (art. 230 de la LSC).

Finalment, els administradors, fins i tot després de cessar en les seues funcions, han de guardar secret sobre les informacions de caràcter confidencial, i estan obligats a guardar reserva sobre les informacions, les dades, els informes o els antecedents que coneguen com a conseqüència de l'exercici del càrrec, sense que aquests puguin comunicar-se a tercers o ser objecte de divulgació quan puguin perjudicar l'interès social (art. 232.1 de la LSC). Només es pot vulnerar aquest deure per disposició legal o per exigència d'una autoritat de supervisió i, en aquest cas, la cessió d'informació s'ha d'ajustar al que disposen les lleis (art. 232.2 de la LSC).

f) La responsabilitat dels administradors

Quan els administradors no actuen complint amb la diligència que els és exigible, incorren en responsabilitat, sempre que la seua actuació estiga vinculada causalment amb la producció del dany (que s'ha de produir, ja que sense dany no hi ha responsabilitat). Els art. 236 i ss. de la LSC s'ocupen del règim estricte de responsabilitat dels administradors de les societats de capital.

La Llei de transparència incorpora a les normes legals un aspecte d'importància extraordinària, com és la menció de l'administrador de fet, per al qual estableix per llei la mateixa responsabilitat que per als administradors de dret. A més, la reforma de la LSA, per efecte de la Llei 19/2005, concreta encara més les possibles manifestacions de l'administrador de fet, com ara l'administrador que continua exercint les seues funcions després d'haver caducat el seu càrrec.

Els supòsits bàsics de responsabilitat dels administradors, deixant de banda la norma de l'art. 367 de la LSC, que es tracta en seu de dissolució, suposen un incompliment de les lleis, dels estatuts, o del seu deure de diligència en l'exercici del càrrec (art. 236.1 de la LSC). La responsabilitat que assumeixen els administradors que han participat en l'adopció d'un acord lesiu és solidària (art. 237 de la LSC). Tanmateix, poden exonerar-se de responsabilitat si proven que no han participat en l'acord, en desconeixien l'existència o si, encara que el coneixien, van fer el possible per a evitar el dany (sobretot impugnar l'acord lesiu) o, almenys, s'hi van oposar expressament (art. 237 de la LSC). No exonera de responsabilitat el fet que l'acord l'haja adoptat, autoritzat o ratificat la junta general (art. 236.2 de la LSC). En efecte, aquesta norma, prevista perquè els administradors de les societats de capital no s'exoneren de responsabilitat simplement convocant la junta per ratificar les seues decisions, planteja problemes d'adaptació al sistema orgànic de la societat de responsabilitat limitada (per la intervenció de la junta general en la gestió, vegeu l'art. 161 de la LSC).

La responsabilitat dels administradors es pot reclamar a través de l'exercici de dos tipus d'accions:

- 1) L'acció social de responsabilitat, que suposa la lesió directa del patrimoni social (art. 238 de la LSC).

- 2) Les accions individuals d'accionistes i tercers quan els actes dels administradors lesionen directament els seus interessos (art. 241 de la LSC).

La societat està legitimada activament per a exercir l'acció social, mitjançant l'acord de la junta general (no cal que conste en l'ordre del dia). I s'ha d'adoptar per la majoria prevista en l'art. 198 de la LSC per a la societat limitada, i en l'art. 201 de la LSC per a l'anònima, sense que els estatuts puguin modificar-la. No obstant això, la junta pot transigir o renunciar a l'exercici de l'acció, però no quan s'hi oposen socis que representen el cinc per cent del capital social (art. 238.2 de la LSC).

Si s'acorda promoure l'acció de responsabilitat, això suposa la remoció automàtica de l'administrador afectat (art. 238.3 de la LSC). De la mateixa manera, l'aprovació dels comptes no impedeix l'exercici de l'acció de responsabilitat ni suposa la renúncia a l'acció acordada o exercida (art. 238.4 de la LSC).

Així mateix, als socis que posseïsquen, com a mínim, el 5% del capital social (dret de la minoria), se'ls reconeix la possibilitat de sol·licitar la convocatòria de la junta general perquè decidisca sobre l'exercici de l'acció, quan els administradors no convoquen la junta sol·licitada, quan la societat no entaule l'acció en el termini d'un mes des de l'acord, o quan l'acord haja estat contrari a l'exigència de responsabilitat (art. 239 de la LSC).

Subsidiàriament, els creditors poden interposar l'acció quan no l'haja exercit la societat ni la minoria de socis, però per a això s'ha de complir una condició ulterior: que el

patrimoni social siga insuficient per a la satisfacció dels seus crèdits (art. 240 de la LSC).

1.11.3. El consell d'administració

El consell d'administració és la forma més comuna d'organitzar l'administració social en les grans societats capitalistes, fonamentalment en les societats anònimes. De fet, la LSA estableix una regulació extensa sobre aquesta modalitat de l'òrgan d'administració. Així, la llei preveu expressament que quan es confie el poder de representació conjuntament a més de dos administradors, ens trobem davant la forma de consell d'administració (art. 210.2 de la LSC), que, d'altra banda, té una regulació específica per a la societat anònima.

En aquest sentit, cal destacar els aspectes de la regulació del consell següents:

1) Nombre de consellers: en general, s'hi estableix un mínim de tres membres i els estatuts han de fixar-ne el nombre, o bé el mínim i el màxim, i en aquest cas correspon a la junta de socis la determinació del nombre concret dels components. Si es tracta d'una societat limitada, el nombre màxim de membres del consell és dotze (art. 242 de la LSC).

2) En el règim del consell d'administració de la societat anònima s'estableixen en la LSC dues excepcions pel que fa al nomenament dels administradors per la junta general: el sistema proporcional i el nomenament de consellers per cooptació. El primer suposa que poden agrupar-se voluntàriament accions, fins a constituir una xifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir aquest últim pel nombre de components del consell, que tenen dret a designar els que, superant fraccions senceres, es dedueixen de la proporció corresponent. Si es fa ús d'aquesta facultat, les accions agrupades ja no poden participar en el nomenament de la resta de membres del consell (art. 243 de la LSC).

El sistema de cooptació suposa que si durant el termini per al qual es van nomenar els

administradors es produeixen vacants sense que hi haja suplents, el consell pot designar entre els accionistes les persones que les hagen d'ocupar fins que es reunisca la primera junta general (art. 244 de la LSC).

3) S'hi estableix una altra diferència quant a l'organització i el funcionament del consell en la societat limitada i en l'anònima. En la primera, els estatuts estableixen el règim d'organització i de funcionament del consell d'administració, mentre que en l'anònima, si els estatuts no disposen una altra cosa, el consell d'administrador pot designar el president, regular el seu propi funcionament i acceptar la dimissió dels consellers. Per tant, se li atorga la facultat d'autoorganitzar-se (art. 245 de la LSC).

4) El president, o qui el substituïska, convoca el consell (art. 246 de la LSC). En la societat limitada, queda vàlidament constituït quan concórreguen, presents o representats, el nombre de consellers que preveuen els estatuts, sempre que, com a mínim, arriben a la majoria dels vocals (art. 247.1 de la LSC). En la societat anònima, quan concórreguen a la reunió, presents o representats, la majoria dels vocals (art. 247.2 de la LSC).

Els acords s'adopten per majoria absoluta dels consellers concurrents a la sessió. En la societat anònima, la votació per escrit i sense sessió només s'admet si no hi ha cap conseller s'oposa a aquest procediment (art. 248.2 de la LSC).

Els acords i les deliberacions del consell es reflecteixen en el llibre d'actes, que ha de ser signat pel president i el secretari (art. 250 de la LSC), que, a més, exerceix la facultat de certificar, amb el vistiplau del president (cf. art. 109.1, a) del RRM).

5) El consell d'administració, excepte disposició contrària dels estatuts, pot delegar les seues facultats en una comissió executiva o conseller delegat, sense perjudici dels apoderaments que pugua atorgar a favor de qualsevol persona (art. 249.1 de la LSC). No es pot delegar la rendició de comptes de la gestió social i la presentació de balanços a la junta general, ni les facultats que aquesta conferisca al consell, excepte autorització expressa d'aquest òrgan (art. 249.2 de la LSC). Si la delegació té un caràcter permanent,

requereix el vot favorable de les dues terceres parts dels components del consell i no produeixen cap efecte fins a la seua inscripció en el RM (art. 249.3 de la LSC).

6) Els administradors poden impugnar els acords nuls i anul·lables del consell d'administració o de qualsevol altre òrgan col·legiat d'administració, en el termini de trenta dies des que s'adopten. Igualment, poden impugnar aquests acords els socis que representen el 5% del capital social, en el termini de trenta dies des que en tinguen coneixement, i s'estableix un termini de caducitat per a l'exercici de l'acció d'un any des de la seua adopció. La impugnació ha de seguir els mateixos tràmits que la impugnació d'acords de la junta general (art. 251 de la LSC).

1.12. Els comptes anuals

El règim de la comptabilitat de les societats de capital s'estableix actualment en el títol VII de la LSC (art. 253 i ss.), que inclou, al costat de normes generals, regles específiques per a cada tipus social capitalista.

L'obligació de presentar els comptes anuals té una gran rellevància, tant per al funcionament intern de la societat pel que fa als socis, com pel que fa a tercers (treballadors i creditors de la societat). És una de les obligacions fonamentals derivades del deure de portar una comptabilitat ordenada que imposa el Codi de comerç (art. 25 i ss. del Codi de comerç) a tot empresari mercantil.

1.12.1. Els documents comptables. Presentació de balanços o comptes de pèrdues o guanys abreujats

L'art. 254 de la LSC assenyala que els comptes anuals comprenen el balanç, el compte de pèrdues i guanys, un estat que reflectisca els canvis en el patrimoni net de l'exercici, un estat de fluxos d'efectiu i la memòria. Aquests documents, que formen una unitat, s'han de redactar amb claredat i han de mostrar la imatge fidel del patrimoni, de la situació financera i dels resultats de la societat, de conformitat amb la LSC i el Codi de

comerç.

El balanç és un resum de l'inventari en el qual es mostren quins són els elements que integren el patrimoni social (l'actiu, format pels béns i drets de la societat, i el «passiu», format per les obligacions de la societat).

El patrimoni net comptable està format pel capital social, les reserves (legals, estatutàries o voluntàries), així com els resultats de l'exercici.

El compte de pèrdues i guanys resumeix quins són els elements positius i negatius que componen el resultat de l'exercici, en què cal distingir entre els ingressos i les despeses que resulten d'una activitat ordinària de la societat i els que tenen una procedència diversa.

L'estat dels fluxos d'efectiu ha de posar de manifest, ordenats i agrupats com cal per categories o tipus d'activitats, els cobraments i pagaments que haja fet la societat per a informar sobre els moviments d'efectiu de l'exercici. No és obligatori quan la societat pugui formular un balanç i un estat de canvis en el patrimoni net abreujats.

La proposta d'aplicació del resultat mostra la destinació dels elements patrimonials corresponents amb el benefici net, si n'hi ha, o com s'han de compensar les pèrdues.

La memòria té una gran importància en la legislació comptable actual, ja que serveix per a aclarir les dades incloses en el balanç i en el compte de pèrdues i guanys.

a) Possibilitat de presentar balanços o comptes de pèrdues o guanys abreujats

Amb l'objecte de possibilitar portar la comptabilitat d'una manera més simple en societats de petites dimensions, l'art. 257 de la LSC permet presentar balanç o compte de pèrdues o guanys abreujats, sempre que complisquen els requisits d'aquest precepte

i no hagen de sotmetre els comptes anuals a auditoria (art. 263.2 de la LSC).

El balanç abreujat suposa que només ha d'incloure una sèrie de mencions reduïdes que preveu la llei i les normes reglamentàries (art. 257 de la LSC); quant al compte de pèrdues i guanys, la reducció del compte consisteix en el fet que determinades partides que exigeix la llei i les seues normes reglamentàries s'agrupen de la manera que assenyala aquesta llei (art. 258 de la LSC).

b) La memòria

La memòria és el document que completa, amplia i comenta el contingut dels altres documents que integren els comptes anuals (art. 259 de la LSC) i ha d'incloure les indicacions mínimes que estableix la LSC (art. 260 de la LSC), el Codi de comerç i les normes reglamentàries de desplegament. Les societats que poden presentar balanç i estat de canvis en el patrimoni net abreujats poden ometre en la memòria algunes indicacions (art. 261 de la LSC).

b) L'informe de gestió

L'informe de gestió ha d'incloure una exposició fidel sobre l'evolució dels negocis i la situació de la societat, juntament amb una descripció dels principals riscos i incerteses als quals s'enfronta (art. 262.1 de la LSC). L'exposició ha de consistir en una anàlisi equilibrada i exhaustiva de l'evolució i els resultats dels negocis i la situació de la societat, tenint en compte la seua magnitud i la complexitat. Aquesta anàlisi ha d'incloure, en la mesura que siga necessari, indicadors clau financers o no financers (excepte les societats que puguen presentar balanç o compte de pèrdues o guanys abreujats, art. 262.1 de la LSC). L'informe de gestió, si escau, ha de fer al·lusió a l'ús d'instruments financers per la societat (art. 262.4 de la LSC).

No estan obligades a presentar informe de gestió les societats que formulen balanç i

estat de canvis en el patrimoni net abreujats (art. 262.3 de la LSC).

1.12.2. El procés d'elaboració dels comptes anuals

1) Els administradors estan obligats a formular, en el termini màxim de tres mesos des del tancament de l'exercici social, els comptes anuals, l'informe de gestió i la proposta d'aplicació del resultat, així com, si s'escau, els comptes i l'informe de gestió consolidats (art. 253.1 de la LSC). Els comptes anuals i l'informe de gestió els han de signar tots els administradors, de manera que s'hi ha d'indicar la causa si hi falta la signatura d'algun d'ells (art. 253.2 de la LSC).

2) Els comptes anuals i, si s'escau, l'informe de gestió, els ha de revisar un auditor de comptes (art. 263.1 de la LSC), que l'ha de nomenar la junta general abans que acabe l'exercici que cal auditar, per un període de temps inicial que no pot ser inferior a tres anys ni superior a nou, comptador des de la data d'inici del primer exercici que cal auditar. La junta el pot elegir de nou per períodes màxims de tres anys una vegada haja finalitzat el període inicial (art. 264.1 de la LSC). En els casos inclosos en l'art. 265.1 de la LSC, sobretot quan la junta general no haja nomenat l'auditor en el termini establert, els administradors i qualsevol soci (també el comissari del sindicat d'obligacionistes en les societats anònimes) poden sol·licitar al registrador mercantil del domicili social que el nomene.

Si es tracta de societats que no estiguen obligades a auditar els comptes anuals, els socis que representen, almenys, el 5% del capital social poden sol·licitar al registrador mercantil del domicili que, amb càrrec a la societat, nomene un auditor de comptes perquè efectue la revisió dels comptes si no han transcorregut tres mesos des del tancament de l'exercici esmentat (art. 265.2 de la LSC). Si hi concorre una causa justa, es pot sol·licitar davant el jutge del domicili social la revocació de la persona que haja nomenat la societat o el registrador mercantil, i la seua substitució per una altra (art. 266 de la LSC).

L'auditor és remunerat d'acord amb la legislació específica (Llei d'auditoria de comptes), i no pot rebre una altra remuneració o avantatge de la societat anònima (art. 267 de la LSC).

La funció de l'auditor és comprovar si els comptes anuals ofereixen la imatge fidel del patrimoni, de la situació financera i dels resultats de la societat, així com, si s'escau, la concordança de l'informe de gestió amb els comptes anuals (art. 268 de la LSC). Aquestes mencions s'han d'incloure en l'informe d'auditoria, per a la realització del qual compta amb un termini mínim d'un mes des del lliurament dels comptes signats pels administradors (art. 269 i 270 de la LSC).

L'auditor de comptes respon per la realització de l'informe d'auditoria. La LSC regula la responsabilitat davant la societat. La legitimació per a interposar l'acció social de responsabilitat davant de l'auditor es regeix per les normes previstes per als administradors de la societat (art. 271 de la LSC).

3) Els comptes anuals els aprova la junta general. En aquest punt es reconeix als socis un important dret d'informació sobre els documents que s'han de sotmetre a aprovació (art. 272 de la LSC).

La junta general resol sobre l'aplicació del resultat de l'exercici d'acord amb el balanç aprovat (art. 273.1 de la LSC).

4) Finalment, els comptes anuals s'han de dipositar en el RM del domicili social. Per a això s'ha de presentar una certificació dels acords de la junta general d'aprovació dels comptes anuals i d'aplicació del resultat, així com, si s'escau, dels comptes consolidats, a la qual s'ha d'adjuntar un exemplar de cadascun dels comptes, així com de l'informe de gestió i de l'informe dels auditors. Si s'escau, també s'hi ha de fer constar si algun o diversos comptes anuals s'han formulat de manera abreujada (art. 279 de la LSC).

El registrador ha de qualificar el dipòsit en el termini de quinze dies des de la

presentació, i el RM ha de conservar els documents dipositats durant un termini de sis anys (art. 280 de la LSC).

El primer dia hàbil de cada mes, els registradors mercantils han de remetre al RM central una relació de les societats que hagen complert el mes anterior amb l'obligació de dipòsit dels comptes anuals. El BORME ha de publicar l'anunci de les societats que hagen complert amb l'obligació de dipòsit. Qualsevol persona pot obtenir informació sobre tots els documents dipositats (art. 281 de la LSC).

Si els administradors incompleixen l'obligació de dipositar els comptes anuals dins del termini establert (art. 279 de la LSC; un mes), implica que no s'inscriba en el RM cap document referit a la societat mentre l'incompliment persistisca, llevat dels títols relatius a les qüestions enumerades en l'art. 282.2 de la LSC: cessament o dimissió d'administradors, gerents, directors generals o liquidadors; revocació o renúncia de poders, dissolució de la societat i nomenament de liquidadors, així com els assentaments ordenats per l'autoritat judicial o administrativa. Així mateix, s'estableixen sancions pecuniàries a la societat per aquest incompliment, regulades en l'art. 283 de la LSC.

La documentació presentada en el RM pot ser objecte de publicació, i cal d'indicar-hi si és íntegra o abreujada. En el primer cas, s'ha de reproduir fidelment el text dels dipositats en el RM, incloent-hi sempre de manera íntegra l'informe dels auditors. En el segon cas, s'ha de fer referència a l'oficina del RM en què s'hagen dipositat els documents. L'informe d'auditoria es pot ometre en aquesta publicació, però s'hi ha d'indicar si l'auditor l'ha emès amb reserves o sense (art. 284 de la LSC).

1.12.3. L'aplicació dels resultats de l'exercici

Correspon a la junta general resoldre sobre l'aplicació del resultat de l'exercici d'acord amb el balanç aprovat (art. 273.1 de la LSC).

Només es poden repartir dividendes amb càrrec al benefici de l'exercici, o a reserves de lliure disposició, si el valor del patrimoni net no és o, a conseqüència del repartiment, no resulta ser inferior al capital social (art. 273.2 de la LSC). Es prohibeix tota distribució de beneficis, llevat que l'import de les reserves disponibles siga, com a mínim, igual a l'import de les despeses de recerca i desenvolupament que figuren en l'actiu del balanç (art. 273.3 de la LSC) i, en qualsevol cas, s'ha de dotar una reserva indisponible equivalent al fons de comerç que aparega en l'actiu del balanç (art. 273.4 de la LSC).

Una xifra igual al 10% del benefici de l'exercici s'ha de destinar a la reserva legal fins que aquesta arribe, almenys, al 20% del capital social. Mentre que la reserva legal no supere aquest límit, només es pot destinar a la compensació de pèrdues en cas que no hi haja altres reserves disponibles suficients per a aquest fi (art. 274 de la LSC).

En tot cas, els estatuts en la societat limitada determinen en quina proporció els socis han de rebre els dividendes. Si els estatuts no ho fan, s'ha de fer en proporció a la participació en el capital social (art. 275.1 de la LSC). En la societat anònima, el repartiment de dividendes entre les accions ordinàries s'ha de fer proporcional al capital que hagen desemborsat (art. 275.2 de la LSC). Tanmateix, és possible repartir quantitats als socis a càrrec de dividendes, cosa que només pot acordar la junta general o els administradors sota les condicions de l'art. 277 de la LSC. En cas de contravenir el que estableix la LSC, els socis han de restituir aquestes quantitats (art. 278 de la LSC).

1.13. La modificació dels estatuts

1.13.1. Concepte i requisits. Normes especials de tutela dels socis

Es considera modificació dels estatuts tota alteració que afecte bé al seu contingut material o bé només a la redacció i, per tant, aquesta modificació queda sotmesa al compliment dels requisits que imposa la llei. La competència per a adoptar qualsevol modificació estatutària correspon a la junta general (art. 285.1 de la LSC). No obstant això, s'estableix com a excepció que, llevat que els estatuts disposen una altra cosa, els

administradors de la societat poden canviar el domicili social dins del mateix terme municipal (art. 285.2 de la LSC). Els requisits que han de concórrer per a l'adopció de l'acord de modificació dels estatuts són els següents:

a) Que els administradors o, si s'escau, els socis autors de la proposta, redacten el text íntegre de la modificació proposada, i en el cas de les societats anònimes, formulen un informe amb la justificació corresponent.

b) Que s'expressen en la convocatòria de la junta, amb la claredat deguda, els punts que s'hagen de modificar.

c) Que en l'anunci de la convocatòria de la junta es faça constar el dret que correspon a tots els socis d'examinar en el domicili social el text íntegre de la modificació proposada i, en el cas de les societats anònimes, de l'informe sobre aquesta modificació, i de demanar l'enviament o el lliurament gratuït dels documents esmentats.

d) Que, en les societats de responsabilitat limitada, la junta adopte l'acord, de conformitat amb el que disposa l'art. 199 de la LSC (majoria reforçada) i, en les anònimes i comanditàries per accions, amb el quòrum de constitució de l'art. 194 i la majoria de l'art. 201 de la LSC.

L'acord s'ha de fer constar, en tot cas, en una escriptura pública que s'ha d'inscriure en el Registre Mercantil i s'ha de publicar en el BORME (art. 290 de la LSC). A més d'aquesta publicitat legal, en les societats anònimes s'exigeix una publicitat material addicional per al supòsit de modificacions estatutàries que consistisquen en el canvi de denominació, el de domicili i la substitució o qualsevol modificació de l'objecte social, que s'han d'anunciar en dos diaris de gran circulació de la província o les províncies respectives (art. 289 de la LSC).

A més, la LSC estableix alguns supòsits especials de modificació estatutària i assenjala

regles especials de tutela dels socis (art. 291 a 294 de la LSC):

1) La modificació dels estatuts que implique noves obligacions per als accionistes s'ha d'adoptar amb el consentiment de les persones interessades (art. 291 de la LSC).

2) Quan la modificació afecte els drets individuals de qualsevol soci d'una societat de responsabilitat limitada s'ha d'adoptar amb el consentiment dels afectats (art. 292 de la LSC).

3) En la societat anònima, la validesa d'una modificació estatutària que afecte directament o indirectament els drets d'una classe d'accions exigeix l'acord de junta general, i també de la majoria d'accions pertanyents a la classe afectada. Si les classes afectades són diverses, es requereix l'acord de cadascuna d'aquestes (art. 293 de la LSC).

Si la modificació només afecta una part de les accions pertanyents a una classe i supose un tracte discriminatori entre aquestes accions, es consideren, a aquest efecte, classes independents les accions afectades i les no afectades per la modificació, i cal l'acord separat de cadascuna d'aquestes (art. 293.2 de la LSC). Aquests acords s'han d'adoptar amb els mateixos requisits de les modificacions estatutàries (art. 293.3 de la LSC).

1.13.2. Augment del capital

a) Competència i modalitats

L'augment del capital l'ha d'acordar la junta general amb els requisits establerts per a la modificació dels estatuts socials (art. 296.1 de la LSC). L'augment del capital social es pot realitzar per creació de noves participacions o emissió de noves accions o per elevació del valor nominal de les ja existents, i en els dos casos el contravalor de l'augment del capital pot consistir tant en noves aportacions dineràries o no dineràries, incloent-hi la compensació de crèdits contra la societat, com en la transformació de

reserves o beneficis existents en el patrimoni social (art. 295 de la LSC).

Quan l'augment del capital s'haja de realitzar elevant el valor nominal de les participacions o les accions, és necessari el consentiment de tots els socis, llevat que es faça íntegrament amb càrrec a reserves o beneficis de la societat. Qualsevol que siga el procediment utilitzat en les societats anònimes, el valor de cadascuna de les accions de la societat, una vegada augmentat el capital, ha d'estar desemborsat en un 25% com a mínim (art. 296 de la LSC). Segons disposa l'art. 298 de la LSC, és lícita l'emissió d'accions o la creació de participacions amb prima, quantitat que ha de ser íntegrament satisfeta en el moment de l'assumpció de les noves participacions socials o de la subscripció de les noves accions.

La LSC també regula l'«augment del capital autoritzat» per a les societats anònimes, i estableix que la junta general, amb els requisits establerts per a la modificació dels estatuts, pot delegar en els administradors la facultat d'acordar en una o diverses vegades l'augment del capital social fins a una xifra determinada. Aquests augments no poden ser superiors a la meitat del capital social en el moment de l'autorització i s'han de realitzar mitjançant aportacions dineràries dins del termini màxim de cinc anys comptadors des de l'acord de la junta. Una qüestió diferent és la facultat de la junta general de delegar en els administradors, amb els requisits establerts per a la modificació d'estatuts, l'execució de l'acord ja adoptat d'augmentar el capital; en aquest cas el termini per a l'exercici d'aquesta facultat delegada no pot excedir un any, excepte en el cas de conversió d'obligacions en accions (art. 297 de la LSC).

La LSC preveu procediments diferents per a les modalitats d'augment del capital següents:

1. Augment del capital mitjançant noves aportacions dineràries. És requisit previ en les societats anònimes el desemborsament total de les accions emeses anteriorment (llevat de les entitats asseguradores). Malgrat això, es pot fer l'augment si hi ha una quantitat pendent de desemborsament que no excedisca del 3% del capital social (art. 299 de la

LSC).

2. Augment del capital mitjançant aportacions no dineràries. En aquest cas, cal que en el temps de la convocatòria de la junta es pose a disposició dels socis un informe dels administradors en el qual es descriuen amb detall les aportacions projectades, les persones que les hagen d'efectuar, el nombre i valor nominal de les participacions o accions que s'hagen de lliurar i les garanties adoptades segons la naturalesa dels béns en què l'aportació consistisca. Les aportacions no dineràries en les societats anònimes han de ser objecte d'un informe elaborat per un o diversos experts independents, designats pel registrador mercantil (art. 67 i ss. de la LSC).

3. Augment del capital per compensació de crèdits. Només es pot fer quan concórreguen els requisits següents (art. 301 de la LSC):

a) Que almenys un 25% dels crèdits que s'han de compensar siguin líquids, vençuts i exigibles, i que el venciment de la resta no siga superior a cinc anys.

b) Que en el moment de la convocatòria de la junta es pose a disposició dels socis en el domicili social, perquè puguin examinar-lo, un informe de l'òrgan d'administració sobre la naturalesa i els requisits dels crèdits que s'han de compensar, la identitat dels aportadors, el nombre de participacions socials o d'accions i la quantia de l'augment, en el qual s'ha de fer constar la concordança entre aquesta informació i la comptabilitat social. A més, per a les societats anònimes, s'exigeix també una certificació de l'auditor de comptes de la societat que acredite que les dades ofertes pels administradors sobre els crèdits són exactes.

c) Que en l'anunci de la convocatòria es faci esment de l'especial dret d'informació dels socis d'examinar aquests documents en el domicili social, així com de sol·licitar-ne el lliurament o l'enviament gratuït.

d) Aquests informes s'han d'incorporar a l'escriptura de l'augment com a annexos.

4. Augment del capital per conversió d'obligacions en accions. En aquest cas s'ha d'aplicar el que estableix l'acord d'emissió de les obligacions (art. 302 de la LSC).

5. En l'augment del capital amb càrrec a les reserves de la societat, si la societat és de responsabilitat limitada, es poden utilitzar les reserves de lliure disposició, les primes d'emissió i la reserva legal en la seua totalitat; en l'anònima, en la part que excedisca el 10% del capital ja augmentat (art. 303.1 de la LSC).

b) El dret d'adquisició preferent

Quan l'augment del capital es realitza per la creació de noves participacions o l'emissió de noves accions, la llei concedeix als antics socis i als titulars d'obligacions convertibles el dret d'adquisició preferent (art. 304.1 de la LSC). No obstant això, per a la societat anònima s'hi preveu el supòsit que es pugui acudir a la subscripció pública de les noves accions, que exigeix la renúncia prèvia a aquest dret per part dels socis o bé que aquest haja estat exclòs per la junta general. En aquest últim cas, s'han de respectar les normes de l'art. 308 de la LSC. Pel que fa a aquest dret de preferència, ens remetem al que hem exposat anteriorment sobre els drets del soci.

La LSC permet la subscripció incompleta de l'augment del capital en els art. 310 (societats de responsabilitat limitada) i 311 de la LSC (societats anònimes). Mentre que per a les societats limitades disposa que l'augment s'ha d'executar en la quantia desemborsada, llevat que en l'acord s'haja previst que l'augment queda sense efecte, per a les societats anònimes l'augment només s'ha d'executar en la quantia subscripta si les condicions de l'emissió han previst expressament aquesta possibilitat. En ambdós tipus socials, si l'augment queda sense efecte, els administradors han de restituir les aportacions realitzades en el termini d'un mes. (art. 310.2 i 311.2 de la LSC).

c) Inscripció de l'operació d'augment

En qualsevol cas, l'acord d'augment del capital i la seua execució s'han d'inscriure simultàniament en el RM (art. 315 de la LSC), encara que es poden consignar en escriptures separades. Excepcionalment, s'hi pot inscriure primer l'acord d'augment del capital de la societat anònima, quan en l'acord s'haja previst expressament la subscripció incompleta i quan l'emissió de les noves accions l'haja autoritzat o verificat la CNMV (art. 315.2 de la LSC).

Si transcorren més de sis mesos des del moment en el qual es va obrir el termini de preferència i no s'han presentat per a la seua inscripció en el RM els documents que acrediten l'execució de l'augment del capital, els subscriptors de les noves accions o els qui hagen assumit les noves participacions poden exigir la restitució de les aportacions realitzades, i també poden exigir l'interès legal si la falta de presentació és imputable a la societat (art. 316 de la LSC).

La LSC estableix expressament que els administradors han de fer una nova redacció de l'article dels estatuts que fa referència al capital social, i s'entenen expressament autoritzats a aquest efecte per l'acord d'augment (art. 313 de la LSC).

1.13.3. Reducció de capital

a) Requisits i modalitats de reducció

La reducció de capital l'ha d'adoptar la junta general tenint en compte els requisits establerts amb caràcter general per a la modificació dels estatuts socials (art. 318.1 de la LSC), i s'ha de fer constar la finalitat de la reducció (art. 324 de la LSC). A més, aquest acord s'ha de publicar en el BORME i en un diari de gran circulació a la província on la societat tinga el domicili (art. 319 de la LSC), i s'ha de fer constar en escriptura pública i inscriure's en el RM.

La reducció de capital es pot fer mitjançant la disminució del valor nominal de les participacions socials o les accions, la seua amortització o l'agrupació per a canviar-les, i poden tenir per finalitat la devolució d'aportacions als socis, la constitució o l'increment de la reserva legal o les reserves voluntàries, o el restabliment de l'equilibri entre el capital social i el patrimoni net social disminuït per les pèrdues (art. 317.1 de la LSC).

b) Reducció per pèrdues

En el cas de reducció per pèrdues, ha d'afectar de la mateixa manera totes les accions o participacions socials en proporció al seu valor nominal, però respectant els privilegis que a aquests efectes hagen pogut atorgar els estatuts o la llei (art. 320 de la LSC). En cap cas aquest tipus de reducció pot donar lloc a reemborsaments als socis o, en les societats anònimes, a la condonació de l'obligació de realitzar les aportacions pendents (art. 321 de la LSC).

La reducció té caràcter obligatori quan les pèrdues hagen disminuït el patrimoni per sota de les 2/3 parts de la xifra del capital social i haja transcorregut un exercici social sense que s'haja recuperat el patrimoni net (art. 327 de la LSC).

En les societats de responsabilitat limitada no es pot reduir el capital per pèrdues mentre la societat compte amb qualsevol tipus de reserves; en les societats anònimes no es pot reduir el capital per pèrdues mentre la societat compte amb qualsevol tipus de reserves voluntàries o quan la reserva legal, una vegada efectuada la reducció, excedisca del deu per cent del capital social (art. 322 de la LSC).

Una vegada reduït el capital, la societat no pot repartir dividendes fins que la reserva legal arribe al 10% del nou capital (art. 326 de la LSC).

Aquestes normes, art. 322 a 326 de la LSC, són d'aplicació igualment quan la reducció

tinga per finalitat dotar la reserva legal (art. 328 de la LSC).

c) Reducció per a la devolució del valor de les aportacions

Quan l'acord de reducció no afecte de la mateixa manera totes les accions o totes les participacions socials, és necessari, en el cas de les societats anònimes, l'acord separat de la majoria dels accionistes interessats, segons el que preveu l'art. 293 de la LSC per a l'augment del capital; en les societats de responsabilitat limitada, és necessari el consentiment individual dels titulars d'aquestes participacions (art. 329 de la LSC).

La devolució d'aportacions s'ha d'efectuar proporcionalment al valor desemborsat de les participacions socials o accions respectives, llevat que, per unanimitat, s'acorde un altre sistema (art. 330 de la LSC).

d) La tutela dels creditors en la reducció amb devolució d'aportacions als socis

Per a les societats de responsabilitat limitada, l'art. 331 de la LSC disposa que els socis als qui s'haja restituit la totalitat o part del valor de les seues aportacions han de respondre solidàriament entre si i amb la societat del pagament dels deutes socials contrets amb anterioritat a la data en què la reducció siga oposable a tercers. Aquesta responsabilitat prescriu als cinc anys a comptar des de la data en què la reducció siga oposable a tercers (art. 331.3 de la LSC).

No escau aquesta responsabilitat quan, en acordar-se la reducció, es dote una reserva amb càrrec a beneficis o reserves lliures per un import igual al percebut pels socis en concepte de restitució de l'aportació social. La reserva és indisponible fins que transcórreguen cinc anys a comptar des de la publicació de la reducció en el BORME, llevat que abans del venciment d'aquest termini s'hagen satisfet tots els deutes socials contrets amb anterioritat a la data en què la reducció siga oposable a tercers (art. 332 de la LSC).

En les societats de responsabilitat limitada, es pot reconèixer un dret estatutari d'oposició als creditors, de tres mesos a comptar des de la data de notificació a aquests de l'acord de reducció amb devolució d'aportacions (art. 333.1 de la LSC). Durant aquest termini, els creditors ordinaris es poden oposar a l'execució de l'acord de reducció, si els seus crèdits no són satisfets o garantits adequadament (art. 333.3 de la LSC), i es considera nul·la tota restitució que es realitzi abans de transcórrer el termini de tres mesos o malgrat l'oposició entaulada, dins del termini i en la forma escaient, per qualsevol creditor (art. 333.4 de la LSC).

Per a les societats anònimes, es reconeix un dret d'oposició, en l'art. 334 de la LSC, a favor dels creditors els crèdits dels quals hagen nascut abans de la data de l'últim anunci de l'acord de reducció del capital, no hagen vençut en aquell moment i fins que se'ls garantisquen aquests crèdits. No poden oposar-s'hi els creditors els crèdits dels quals es troben ja prou garantits (art. 334.2 de la LSC). El termini per a l'exercici d'aquest dret és d'un mes a comptar des de la data de l'últim anunci de l'acord (art. 336 de la LSC).

No obstant això, els creditors socials no poden oposar-se a la reducció de capital en la societat anònima quan la reducció siga per pèrdues, quan tinga per finalitat constituir o incrementar la reserva legal, o quan la reducció es realitzi amb càrrec a beneficis o reserves lliures, o per via d'amortització d'accions adquirides per la societat a títol gratuït (en aquest últim cas, el valor nominal d'aquestes accions s'ha d'integrar en una reserva, de la qual només es pot disposar complint els mateixos requisits que en una reducció del capital social).

Si el creditor exerceix el dret d'oposició, la reducció no es pot efectuar fins que la societat preste garantia a satisfacció del creditor o, altrament, fins que notifique al creditor esmentat la prestació d'una fiança solidària a favor de la societat per una entitat de crèdit degudament habilitada per a prestar-la per la quantia del crèdit de què siga titular el creditor i fins que no prescriga l'acció per a exigir-ne el compliment (art. 337 de la LSC).

e) La reducció de capital mitjançant amortització de participacions o accions pròpies

En aquest cas, si la reducció de capital requereix l'adquisició de participacions o accions per a amortitzar-les posteriorment, s'ha d'oferir aquesta adquisició a tots els socis (art. 338.1 de la LSC), una amortització que ha de tenir lloc en el termini màxim de tres anys des de la data en què s'oferisca l'adquisició (art. 342 de la LSC). Si l'amortització ha d'afectar només una classe d'accions, s'ha de realitzar-se amb l'acord separat de la majoria de les accions de la classe afectada (art. 338.2 de la LSC, només aplicable a les societats anònimes).

L'oferta d'adquisició s'ha de fer pública. L'art. 339 de la LSC estableix la manera de fer aquesta publicitat (en la societat de responsabilitat limitada, per correu certificat amb justificant de recepció; en la societat anònima, mitjançant la publicació en el BORME i en un diari de gran circulació de la província del domicili social, i s'hi ha de mantenir, almenys, durant un mes; si totes les accions són nominatives, es pot adoptar també el sistema de correu certificat amb justificant de recepció). El termini per a acceptar l'oferta es computa des de la data d'enviament de la comunicació (art. 340.1 de la LSC).

En aquest tipus de reducció, es poden atribuir bons de gaudi als titulars de les accions amortitzades, i s'ha d'especificar en l'acord de reducció el contingut dels drets atribuïts a aquests bons. Els bons de gaudi no poden atribuir el dret de vot (art. 341 de la LSC).

f) Reducció i augment del capital simultanis

L'acord de reducció de capital social a zero o per sota de la xifra mínima legal només es pot adoptar quan simultàniament s'acorde la transformació de la societat o l'augment del seu capital fins a una quantitat igual o superior a la xifra esmentada i, en tot cas, s'ha de respectar el dret d'assumpció o de subscripció preferent dels socis (art. 343 de la LSC). Es tracta de la denominada «operació acordió», destinada a complir una funció de reestructuració financera o sanejament empresarial.

L'eficàcia de l'acord de reducció queda condicionada, en aquest cas, a l'execució de l'acord d'augment del capital social (art. 344 de la LSC).

La inscripció de l'acord de reducció en el RM no es pot practicar si no és que simultàniament es presenta a inscripció l'acord de transformació o d'augment del capital, així com, en aquest últim cas, la seua execució (art. 345 de la LSC).

1.14. Separació i exclusió de socis

El legislador de 2010 articula el règim de la separació i l'exclusió de socis amb punts d'anàlisi diferents: així, s'hi inclouen conjuntament una sèrie de normes comunes a la separació i a l'exclusió, i s'hi regulen també de manera conjunta les causes i l'exercici del dret de separació en les societats anònimes i limitades. Per contra, el règim de l'exclusió de socis hi està previst de manera exclusiva per a les societats de responsabilitat limitada.

1.14.1. Causes de separació

L'art. 346.1 estableix com a causes legals de separació: la substitució de l'objecte social, la pròrroga de la societat, la reactivació de la societat i la creació, la modificació o l'extinció anticipada de l'obligació de realitzar prestacions accessòries, excepte disposició contrària dels estatuts. Una causa legal prevista exclusivament per a les societats de responsabilitat limitada és el dret d'oposició dels socis que no hagen votat a favor d'un acord de modificació del règim de transmissió de les participacions socials (art. 346.2 de la LSC).

Amb caràcter general, es reconeix en l'àmbit de la LMESM (Llei 3/2009, de 3 d'abril, sobre modificacions estructurals de les societats mercantils) un dret de separació en els casos de transformació de la societat i de trasllat de domicili a l'estranger (art. 346.3 de la LSC).

Així mateix, els estatuts poden establir altres causes de separació, i han d'incloure la manera en què s'ha d'acreditar l'existència de la causa, la manera d'exercir aquest dret i el seu termini. En tot cas, per a la incorporació d'aquestes causes als estatuts, la modificació o la supressió, és necessari el consentiment de tots els socis (art. 347 de la LSC).

Els acords que donen lloc al dret de separació s'han de publicar en el BORME. En les societats de responsabilitat limitada i en les societats anònimes, quan totes les accions siguin nominatives, els administradors poden substituir la publicació en el BORME per una comunicació escrita a cadascun dels socis que no hagen votat a favor de l'acord. El dret de separació s'ha d'exercir per escrit en el termini d'un mes des de la publicació de l'acord o des de la recepció de la comunicació (art. 348 de la LSC). Perquè es pugui inscriure en el RM l'escriptura que documenta l'acord que permet separar-se als socis, és necessari que la mateixa escriptura o una altra posterior continga la declaració dels administradors en el sentit que cap soci ha exercit el dret de separació dins del termini establert o que la societat, després de l'autorització prèvia de la junta general, ha adquirit les participacions socials o accions dels socis separats, o la reducció del capital social (art. 349 de la LSC).

1.14.2. L'exclusió de socis

Entesa com la sanció més greu que es pot imposar a un soci, però essencialment com a mecanisme de resolució de conflictes (García Villaverde), la LSC estableix el règim de l'exclusió en la societat de responsabilitat limitada, de manera que se'n pot excloure el soci que incomplisca voluntàriament l'obligació de realitzar prestacions accessòries, així com el soci administrador que infringisca la prohibició de competència o haja estat condemnat per sentència ferma a indemnitzar la societat pels danys i perjudicis causats per actes contraris a aquesta llei o als estatuts, o realitzats sense la diligència deguda (art. 350 de la LSC). Amb el consentiment de tots els socis, és possible incorporar-hi noves causes d'exclusió o modificar o suprimir les que hi havia (art. 351 de la LSC).

L'exclusió requereix sempre l'acord de la junta general (art. 352.1 de la LSC), i si el soci és titular d'una participació en el capital igual o superior al 25%, a excepció del cas de condemna del soci administrador a indemnitzar la societat, requereix també la resolució judicial ferma si el soci no està d'acord amb l'exclusió (art. 352.2 de la LSC). Qualsevol soci està legitimat per a exercir l'acció d'exclusió en nom de la societat quan aquesta no ho haja fet en el termini d'un mes des de la data d'adopció de l'acord d'exclusió (art. 352.3 de la LSC).

1.14.3. Normes comunes a la separació i l'exclusió de socis

La LSC conté una sèrie de normes comunes a ambdós procediments, en referència als aspectes següents:

1) La valoració de les participacions o de les accions del soci. En tot cas, el soci té dret al reemborsament de les seues participacions o accions, la valoració de les quals l'ha de fer un auditor, a falta d'acord entre el soci i la societat (els honoraris de l'auditor es poden deduir de la quantitat que cal reemborsar al soci, en proporció a la seua participació en el capital social, art. 355.2 de la LSC). En tot cas, s'ha de garantir al soci l'obtenció del valor real de la seua participació en la societat (RDGRN de 30 de març de 1999, RJ 2189/1999).

2) Responsabilitat dels socis a qui s'haja reemborsat el valor de les participacions amortitzades en la societat de responsabilitat limitada: responen de la mateixa manera que en la reducció de capital per pèrdues (art. 357 de la LSC).

3) Llevat que la junta general haja autoritzat l'adquisició de les participacions o accions dels socis separats o exclosos, els administradors, sense necessitat d'acord específic de la junta, han d'atorgar escriptura pública de reducció del capital social. Si com a conseqüència de la reducció, el capital social descendeix per sota de la xifra del capital social, s'ha de dissoldre la societat (art. 358 de la LSC). De la mateixa manera, en cas contrari, poden atorgar escriptura d'adquisició de participacions socials o accions, sense

necessitat d'acord específic de la junta (art. 359 de la LSC).

1.15. La dissolució de la societat i la responsabilitat dels administradors pels deutes socials

La dissolució apareix com el moment inicial del període extintiu de la societat, que produeix com a efecte immediat que la societat entra en període de liquidació com a pas previ i necessari per a l'extinció.

a) Causes de dissolució

Són causes de dissolució de ple dret de les societats de capital (art. 360 de la LSC):

1) El transcurs del termini fixat en els estatuts, si no és que amb anterioritat la societat haja estat prorrogada i inscrita la pròrroga en el RM.

2) El transcurs d'un any des de l'adopció de l'acord de reducció del capital social per sota del mínim legal com a conseqüència del compliment d'una llei, si no s'ha inscrit en el RM la transformació o la dissolució de la societat, o l'augment del capital social fins a una quantitat igual o superior al mínim legal.

La declaració de concurs d'una societat de capital no constitueix, per si sola, una causa de dissolució. L'obertura de la fase de liquidació en el concurs de creditors produeix la dissolució de ple dret de la societat. En aquest cas, el jutge del concurs ha de fer constar la dissolució en la resolució d'obertura de la fase de liquidació del concurs (art. 361 de la LSC).

Les societats de capital es dissolen per l'existència de causa legal o estatutària constatada degudament per la junta general (art. 362 de la LSC) o per resolució judicial. S'ha de dissoldre per les causes que estableix l'art. 363.1 de la LSC: *a*) per la conclusió de l'empresa que constituïska el seu objecte; *b*) per la impossibilitat manifesta d'aconseguir

el fi social; c) per la paralització dels òrgans socials de manera que resulte impossible el seu funcionament; d) per pèrdues que deixen reduït el patrimoni net a una quantitat inferior a la meitat del capital social, llevat que aquest s'augmente o es reduisca en la mesura suficient, i sempre que no siga procedent sol·licitar el concurs; e) per reducció del capital social per sota del mínim legal, que no siga conseqüència del compliment d'una llei; f) perquè el valor nominal de les participacions socials sense vot o de les accions sense vot excedisca la meitat del capital social desemborsat i no es restablisca la proporció en el termini de dos anys; g) per qualsevol altra causa establerta en els estatuts.

A més, la societat de responsabilitat limitada s'ha de dissoldre per la falta d'exercici de l'activitat o les activitats integrants de l'objecte social durant tres anys consecutius (art. 363.2 de la LSC).

L'acord de dissolució l'ha d'adoptar la junta general en tots aquests supòsits amb les majories que estableix, per a la societat de responsabilitat limitada, l'art. 198 de la LSC, i amb el quòrum de constitució i les majories dels art. 193 i 201 de la LSC per a l'anònima (art. 364 de la LSC).

A les causes anteriors cal afegir la particular i rigorosa causa de dissolució de la societat (tant anònima com limitada) que preveu la disposició addicional dissetena de la Llei 17/2001, de marques, en virtut de la qual, si la sentència que declara la violació del dret de marca imposa el canvi de denominació social (fa referència als casos d'identitat o de confusió entre signe distintiu i denominació social) i aquest canvi no es fa en el termini d'un any, la societat queda dissolta de ple dret. L'acord de dissolució o la resolució judicial, si s'escau, s'ha d'inscriure en el RM, i també s'ha d'inscriure en el BORME i en un dels diaris de més circulació del lloc del domicili social.

Tot això sense perjudici de la possibilitat que una societat de capital es dissolga per simple acord de la junta general adoptat amb els requisits que la llei estableix per a les

modificacions estatutàries (art. 368 de la LSC).

L'acord de dissolució s'ha d'inscriure en el RM, i s'ha de publicar, a més, en el BORME i, si es tracta d'una societat anònima, en un dels diaris de més circulació al lloc del domicili social (art. 369 de la LSC).

b) Deures i responsabilitats dels administradors

Els administradors han de convocar la junta general en el termini de dos mesos perquè adopte l'acord de dissolució o, si és insolvent, inste el concurs (art. 365.1 de la LSC). Qualsevol soci pot sol·licitar-los aquesta convocatòria (art. 365.2 de la LSC). Si la junta no és convocada, no es realitza o no adopta algun dels acords necessaris per a la remoció de la causa de dissolució, qualsevol persona interessada pot instar la dissolució davant el jutge mercantil del domicili social, i la sol·licitud que s'ha de dirigir contra la societat (art. 366.1 de la LSC). Sobre els administradors recau el deure de sol·licitar judicialment la dissolució quan l'acord social siga contrari a la dissolució o no pot ser aconseguit (art. 366.2 de la LSC).

Els administradors queden sotmesos al règim de responsabilitat de l'art. 367 de la LSC, de manera que responen solidàriament dels deutes socials posteriors a l'esdeveniment de la causa legal de dissolució si incompleixen alguna de les obligacions següents: *a)* no convocar en el termini de dos mesos la junta general perquè adopte, si s'escau, l'acord de dissolució; *b)* no sol·licitar la dissolució judicial o, si escau, el concurs de la societat, en el termini de dos mesos des de la data prevista per a la realització de la junta, quan aquesta no s'haja constituït, o des del dia de la junta, quan l'acord haja estat contrari a la dissolució.

En aquests casos les obligacions socials reclamades es presumeixen de data posterior a l'esdeveniment de la causa legal de dissolució de la societat, llevat que els administradors proven que són de data anterior (art. 367.2 de la LSC).

c) La reactivació de la societat dissolta

La junta general de la societat dissolta pot acordar la reactivació de la causa de dissolució, si ha desaparegut aquesta causa i si el patrimoni comptable no és inferior al capital social i no haja començat el pagament de la quota de liquidació als socis. No es pot fer la reactivació en els supòsits de dissolució de ple dret (art. 370.1 de la LSC).

L'acord de reactivació s'ha d'adoptar amb els requisits establerts per a una modificació estatutària (art. 370.2 de la LSC) i es reconeix, a favor del soci que no hi vote a favor, el dret de separació (art. 370.3 de la LSC). Els creditors també gaudeixen del dret d'oposició en les mateixes condicions i amb els mateixos efectes que preveu la LSC per a la reducció de capital (art. 370.4 de la LSC).

1.16. La liquidació i l'extinció de la societat anònima

Una vegada dissolta la societat, s'obri el període de liquidació (art. 371.1 de la LSC) (llevat que es tracte d'un cas de fusió o d'escissió total, o qualsevol altre tipus de cessió global de l'actiu i el passiu) i la societat conserva la seua personalitat jurídica al llarg d'aquest temps, però ha d'afegir al seu nom la frase «en liquidació» (art. 371.2 de la LSC). Si es tracta d'una liquidació concursal, s'ha de regir per les normes d'aquesta legislació especial (art. 372 de la LSC), i en aquest cas no escau el nomenament de liquidadors, ja que aquesta funció l'han de fer els administradors concursals (art. 376.3 de la LSC).

Des de l'obertura de la liquidació, cessa la representació dels administradors (art. 374.1 de la LSC) per a fer nous contractes i contraure noves obligacions, i assumeixen les funcions que assenyala l'art. 375 de la LSC.

En les societats de responsabilitat limitada, els administradors, en el moment de la dissolució, queden convertits en liquidadors, llevat que se n'hagen designat altres en els estatuts, o mitjançant la junta general en acordar la dissolució (art. 376.1 de la LSC). En

les societats anònimes, si els estatuts no han establert normes sobre el nomenament de liquidadors, en correspon la designació a la junta general. En aquest tipus social, el nombre de liquidadors ha de ser sempre imparell.

Els liquidadors, que exerceixen el seu càrrec per un temps indefinit (art. 378 de la LSC), poden realitzar totes les operacions necessàries per a la liquidació, i poden reclamar la col·laboració dels administradors anteriors (art. 374.2 de la LSC). Si no són nomenats judicialment, la junta general els pot separar del càrrec, encara que no conste l'acord en l'ordre del dia de la reunió. Si són designats en els estatuts, l'acord s'ha d'adoptar amb el quòrum d'assistència i les majories que exigeix la LSC per a societats anònimes i limitades en el supòsit de modificació d'estatuts. En les societats anònimes, també poden ser separats per decisió judicial, si concorre la causa justa, a petició d'accionistes que representen, almenys, la vintena part del capital social (art. 380.1 de la LSC). Si el liquidador és nomenat pel jutge, només pot ser separat per decisió d'aquest, a sol·licitud fundada de qui acredite un interès legítim (art. 380.2 de la LSC).

També es pot nomenar un interventor que participe en les operacions de liquidació en les societats anònimes, i ho poden sol·licitar al jutge mercantil del domicili social els accionistes que representen, almenys, la vintena part del capital social. De la mateixa manera, si la societat ha emès i té en circulació obligacions, també pot nomenar un interventor el sindicat d'obligacionistes (art. 381 de la LSC). L'art. 382 de la LSC reconeix la possibilitat que el Govern intervinga en la liquidació, pels efectes i la transcendència de l'operació o per qualsevol altra causa que la justifiqui.

Els liquidadors han de subscriure l'inventari i el balanç inicial de la liquidació en el moment de començar les seues funcions, en el termini de tres mesos des de l'obertura de la liquidació (art. 383 de la LSC). Una vegada acabada la liquidació, els liquidadors han de formar el balanç final, que s'ha de sotmetre a l'aprovació dels interventors si han estat nomenats, i a l'aprovació de la junta general (art. 390 de la LSC). Els liquidadors assumeixen el deure d'informació sobre la marxa de la liquidació als socis i als creditors (art. 388 de la LSC), així com portar la comptabilitat (art. 386 de la LSC) i l'alienació dels

béns socials, que en les societats anònimes s'ha de fer necessàriament mitjançant subhasta pública (art. 387 de la LSC).

Els liquidadors de la societat de responsabilitat limitada són responsables davant els socis i els creditors de qualsevol perjudici que els hagen causat amb dol o culpa en l'exercici del seu càrrec (art. 397.1 de la LSC). Els de la societat anònima són responsables davant els accionistes i els creditors de qualsevol perjudici que els hagen causat amb frau o negligència greu en l'exercici del seu càrrec (art. 397.2 de la LSC).

La funció bàsica dels liquidadors resideix en el cobrament dels crèdits i el pagament dels deutes socials (art. 385 de la LSC) i, en les societats anònimes i comanditàries, perceben els desemborsaments per accions pendents de pagament dels accionistes, tant els acordats en el moment d'iniciar-se la liquidació, com aquells altres que, fins a completar el valor nominal de les accions, siguin necessaris per a satisfer els creditors. De fet, els liquidadors no poden satisfer la quota de liquidació als socis sense la satisfacció prèvia als creditors de l'import dels seus crèdits o sense consignar-ho en una entitat de crèdit del terme municipal on radique el domicili social (art. 391.2 de la LSC).

La divisió del patrimoni que resulte de la liquidació s'ha de fer, en tot cas, d'acord amb les normes que establisquen els estatuts o, si no n'hi ha, la junta general (art. 391.1 de la LSC), i la quota de liquidació corresponent a cada soci és proporcional a la seua participació en el capital social, excepte disposició contrària dels estatuts socials (art. 392.1 de la LSC). En les societats anònimes i comanditàries per accions, en què és possible que no totes les accions estiguen desemborsades en la mateixa proporció, s'ha de restituir en primer lloc als accionistes que hagen desemborsat més quantitats l'excés sobre l'aportació del qui haja desemborsat menys (art. 392.2 de la LSC).

És possible que en els estatuts s'establisca a favor d'algun o diversos socis el dret que la quota resultant de la liquidació els siga satisfeta mitjançant la restitució de les aportacions no dineràries realitzades o mitjançant el lliurament d'altres béns socials, si subsisteixen en el patrimoni social, que han de ser valorades en el seu valor real en el

moment d'aprovar-se el projecte de divisió entre els socis de l'actiu resultant. Els liquidadors han d'alienar primer la resta de béns socials i si, una vegada satisfets els creditors, l'actiu és insuficient per a satisfer tots els socis la quota de liquidació, els socis amb dret a percebre-la en espècie han de pagar prèviament en diners als altres socis la diferència que corresponga (art. 393 de la LSC).

Si no s'impugna el balanç final de liquidació o esdevé ferma la sentència que haja resolt les reclamacions, s'ha de pagar la quota de liquidació als socis (art. 394.1 de la LSC).

Una vegada aprovat el balanç final i repartit entre els accionistes l'haver social existent, els liquidadors han d'atorgar escriptura pública d'extinció de la societat que s'ha d'inscriure en el RM, i dipositar-hi els llibres de comerç i documents relatius a la societat extingida (art. 396 de la LSC).

No obstant això, una vegada cancel·lats els assentaments de la societat, poden aparèixer béns socials («actiu sobrevingut») que s'han d'adjudicar als antics socis, després de la conversió prèvia dels béns en diners quan siga necessari i, en aquest cas, han de complir amb aquesta obligació els liquidadors en el termini de sis mesos des que els liquidadors siguen requerits per a complir-la. En cas contrari, qualsevol persona interessada pot sol·licitar del jutge de l'últim domicili social el nomenament d'una persona que els substituïska en el compliment de les seues funcions (art. 398 de la LSC).

Si, per contra, es produeix una situació de «passiu sobrevingut», els antics socis responen solidàriament dels deutes socials no satisfets fins al límit del que hagen rebut com a quota de liquidació, sense perjudici, en aquest cas, de la responsabilitat assumida pels liquidadors (art. 399 de la LSC).

2. El règim de la societat cotitzada

2.1. Concepte i regulació

Segons disposa l'art. 495.1 de la LSC, «són societats cotitzades les societats anònimes les accions de les quals estiguen admeses a negociació en un mercat secundari oficial de valors». El seu règim jurídic es troba en els art. 495 a 528 de la LSC, i en tot allò no previst en aquestes normes, s'apliquen les disposicions sobre les societats anònimes, a més de per les altres normes que siguen d'aplicació, entre les quals cal destacar la LMV (art. 495.2 de la LSC).

Així mateix, a més d'aquest doble règim jurídic (societari, LSC i d'ordenació de l'activitat, inclòs en la LMV), té una gran importància la publicació del «Codi unificat de bon govern» de la CNMV, que inclou un conjunt de recomanacions no vinculants adreçades a les societats cotitzades. Sobre el compliment d'aquestes recomanacions, tanmateix, s'han de pronunciar l'Informe anual de govern corporatiu, informe que és públic i al qual es pot accedir a través de la pàgina web de la CNMV (www.cnmv.es) (cf. art. 116 de la LMV).

L'especialitat d'aquestes societats no resideix, per tant –encara que en general siga un tret coincident– en les dimensions de l'empresa, sinó en el fet que l'adquisició i la negociació de les accions és accessible al públic en general perquè cotitza en borses de valors o en altres mercats secundaris organitzats. Només poden adoptar les formes anònima o comanditària per accions, encara que en la pràctica només trobem societats anònimes cotitzades.

En primer lloc, aquestes societats requereixen una xifra de capital superior a la que estableix l'art. 4 de la LSC, que es troba imposada per les normes de la Borsa. A més, les seues accions s'han de representar mitjançant anotacions en compte (art. 496 de la LSC i el RD 116/1992, de 14 de febrer). No es poden admetre a cotització en borsa les accions que tinguen restriccions a la lliure transmissibilitat de les accions mitjançant els seus estatuts (disposició addicional primera, 4, del RD 291/1992, de 27 de març).

L'art. 497 de la LSC reconeix el dret de la societat emissora a conèixer la identitat dels seus accionistes, informació que necessàriament han de proporcionar les entitats que,

d'acord amb la normativa reguladora dels mercats de valors, hagen de dur els registres dels valors representats mitjançant anotacions en compte.

D'altra banda, s'hi estableixen normes especials en matèria del límit màxim de l'autocartera (que es fixa en el deu per cent del capital subscrit, segons l'art. 509 de la LSC); pel que fa a l'emissió d'obligacions, no s'aplica el límit màxim legal per a l'emissió establerta amb caràcter general (cf. art. 405 de la LSC).

2.2. Règim especial de determinats drets dels accionistes

1. El dret d'informació del soci en les societats cotitzades. A més de l'especial dret d'informació que posseeix l'accionista en la junta general (vegeu l'art. 197 de la LSC), l'art. 527 de la LSC disposa que fins al setè dia anterior al previst per a la realització de la junta, els accionistes d'una societat cotitzada, a més de poder exercir el dret d'informació sobre els assumptes inclosos en l'ordre del dia, poden sol·licitar informacions o aclariments, o formular preguntes per escrit sobre la informació accessible al públic que s'haja facilitat per la societat a la CNMV des de la realització de l'última junta general.

L'art. 528 de la LSC reitera aquest deure i estableix l'obligació de la societat de disposar d'una pàgina web per a atendre l'exercici del dret d'informació dels accionistes i per a difondre la informació rellevant sobre els fets que puguen influir en la determinació de l'accionista d'adquirir o de transmetre les accions de la societat.

2. El termini per a l'exercici del dret de subscripció preferent l'estableixen els administradors de la societat, encara que no pot ser inferior a quinze dies des de la publicació de l'oferta de subscripció de la nova emissió d'accions en el BORME (art. 503 de la LSC).

3. El dret de vot el pot transmetre el soci a un tercer, per un temps determinat, si així es troba previst en els estatuts, o bé confiar el seu exercici discrecional de manera

indefinida mitjançant el lliurament de les accions en dipòsit, en administració o simplement a una persona interposada (art. 24 del RD 1362/2007, de 19 d'octubre).

4. Quan el privilegi conferit per accions emeses per societats cotitzades consistisca en el dret a obtenir un dividend preferent, la societat està obligada a acordar el repartiment del dividend si hi ha beneficis distribuïbles i, a més, els estatuts no poden disposar una altra cosa (art. 498 de la LSC).

2.3. El règim de les accions rescatables

En els art. 500 i 501 de la LSC es regula l'emissió i l'amortització de les accions rescatables.

Les societats anònimes cotitzades poden emetre accions rescatables a sol·licitud de la societat emissora, dels titulars d'aquestes accions o d'ambdós, per un import nominal no superior a la quarta part del capital social. En l'acord d'emissió s'han de fixar les condicions per a l'exercici del dret de rescat. Aquestes accions rescatables han de ser íntegrament desemborsades en el moment de la subscripció. D'altra banda, si el dret de rescat s'atribueix exclusivament a la societat, no es pot exercir abans que transcorreguen tres anys a comptar des de l'emissió.

L'amortització s'ha d'efectuar amb càrrec a beneficis o a reserves lliures, o bé amb el producte d'una nova emissió d'accions acordada per la junta general amb l'objectiu de finançar l'operació d'amortització. Si s'amortitzen amb càrrec a beneficis o reserves lliures, la societat ha de constituir una reserva per l'import del valor nominal de les accions amortitzades. Si no hi ha beneficis o reserves lliures a bastament, ni s'emeten noves accions, l'amortització només es pot portar a terme complint els requisits establerts per a la reducció de capital mitjançant la devolució d'aportacions (art. 320 i ss. de la LSC).

2.4. Especialitats en matèria d'òrgans socials

1. L'art. 512 de la LSC estableix imperativament que la junta general de la societat cotitzada ha d'aprovar un reglament específic per a la junta, en el qual s'han d'incloure totes les matèries que pertocquen a la junta general, tot respectant el que estableixen la llei i els estatuts. Aquest reglament és també accessible a través de la pàgina web de la societat, així com de la CNMV, ja que aquest organisme n'assumeix la inscripció i la publicació (art. 513 de la LSC).

En el mateix sentit, resulta obligatori el reglament del consell d'administració, que l'ha d'aprovar el consell mateix, amb informe a la junta general (art. 516 de la LSC). Aquest reglament, també accessible a través de la pàgina web de la societat i la de la CNMV (art. 517 de la LSC), ha d'incloure les mesures concretes tendents a garantir la millor administració de la societat.

2. L'art. 514 de la LSC fa referència a l'exercici del dret de vot per administrador en cas de sol·licitud pública de representació, i estableix que si l'administrador es troba en conflicte d'interessos amb els representats en determinats punts de l'ordre del dia, no pot exercir el dret de vot. El precepte proposa, com a exemples, les decisions que afecten al seu nomenament, ratificació, destitució, separació o cessament, a l'exercici contra ell de l'acció social de responsabilitat, o l'aprovació o la ratificació d'operacions de la societat amb l'administrador de què es tracte, societats controlades per ell o a les que represente, o persones que actuen pel seu compte.

3. En aquestes societats són nul·les de ple dret les clàusules estatutàries que, directament o indirectament, fixen amb caràcter general el nombre màxim de vots que pot emetre un mateix accionista o societats pertanyents a un mateix grup. Quan es produïska l'admissió a cotització d'una societat els estatuts de la qual continguen clàusules d'aquest tipus, la societat ha d'adaptar els seus estatuts, i eliminar-les, en el termini d'un any des de la data d'admissió a cotització. Si no es fa aquesta adaptació, una vegada transcorregut el termini, les clàusules estatutàries esmentades s'han de

tenir per no posades (art. 515 de la LSC, en vigor a partir de l'1 de juliol de 2011).

2.5. Els pactes parasocials en les societats cotitzades

L'art. 518 de la LSC defineix els pactes parasocials com els pactes que incloguen la regulació del dret de vot en les juntes generals o que restringisquen o condicionen la lliure transmissibilitat de les accions (o de les obligacions convertibles o canviables) en les societats cotitzades.

Aquests pactes s'han de comunicar immediatament a la societat i a la CNMV, acompanyant a la comunicació una còpia del document en què consten (art. 519 de la LSC). Posteriorment, el document s'ha de dipositar en el RM on la societat estiga inscrita, i s'ha de publicar com a fet rellevant.

Aquestes normes són d'aplicació igualment als supòsits de pactes parasocials entre socis o membres d'una entitat que exercisca el control sobre una societat cotitzada (art. 522 de la LSC). Només es pot dispensar temporalment del compliment d'aquestes normes sobre publicitat quan s'estime que això pot ocasionar un dany greu a la societat, Aquesta dispensa la pot acordar la CNMV, mitjançant resolució motivada i a sol·licitud de les persones interessades (art. 523 de la LSC).

Qualsevol dels signants del pacte, i també el titular del dret de vot en els casos d'usdefruit i de penyora d'accions, estan legitimats per a realitzar aquestes comunicacions i el dipòsit (art. 520 de la LSC).

2.6. Especialitats en matèria de comptes anuals

Es prohibeix, a les societats els valors de les quals estan admesos a negociació en un mercat regulat de qualsevol estat membre de la Unió Europea, formular balanç i estat de canvis en el patrimoni net abreujats, ni compte de pèrdues o guanys abreujats (art.

524 de la LSC).

D'altra banda, les societats que hagen emès valors a cotització en un mercat regulat de qualsevol estat membre de la UE i que publiquen només comptes anuals individuals, estan obligades a informar en la memòria sobre les variacions principals que s'originarien en el patrimoni net i en el compte de pèrdues i guanys si s'hagueren aplicat les normes internacionals d'informació financera adoptades pels reglaments de la UE, i han d'indicar els criteris de valoració aplicats (art. 525 de la LSC).

3. Les modificacions estructurals de les societats mercantils

3.1. Consideracions generals

Segons estableix el preàmbul de la Llei 3/2009, de 3 d'abril, sobre modificacions estructurals de les societats mercantils (d'ara endavant, LMESM), la norma resulta fonamental, per la seua sensibilitat, per a respondre adequadament al creixent procés d'internacionalització dels operadors econòmics.

A més, la llei no se centra únicament en les fusions intracomunitàries, sinó que, per contra, estableix expressament les fusions de societats espanyoles amb altres extracomunitàries.

Juntament amb la regulació de les modificacions estructurals (transformació, fusió, escissió, a les quals s'uneix també la cessió global de l'actiu i el passiu societaris), la llei regula el trasllat del domicili de societats mercantils espanyoles a l'estranger i el trasllat a Espanya del domicili de societats constituïdes d'acord amb la llei d'altres estats.

En efecte, en primer lloc, cal destacar que la LMESM suposa una unificació i ampliació del règim jurídic de les «modificacions estructurals» esmentades, enteses com les alteracions de la societat que van més enllà de les simples modificacions estatutàries perquè afecten l'estructura patrimonial o personal de la societat, incloent-hi

expressament la transformació, la fusió, l'escissió i la cessió global de l'actiu i del passiu.

Tindrem l'oportunitat de comprovar que en molts preceptes, com també indica el preàmbul de la llei, el criteri que ha seguit el legislador en aquesta matèria és l'actualment derogada Llei de societats de responsabilitat limitada (d'ara endavant, LSRL). Es tracta, ben sovint, de criteris més flexibles i menys restrictius que els que es van utilitzar en la també derogada Llei de societats anònimes (d'ara endavant, LSA). En aquesta matèria, la importància de la LMESM resideix, finalment, en el fet que ofereix una unificació del règim jurídic de les modificacions estructurals de les societats mercantils, tenint en compte el model de les societats de capital, però que resulta aplicable a tota societat mercantil, pel seu objecte (en el cas de les societats personalistes) o per la seua forma, pel tipus social adoptat (en el cas de les societats de capital) (cf. art. 2 de la LMESM).

3.2. La transformació de la societat

3.2.1. Finalitat i tipus de transformació

La transformació de les societats mercantils suposa la modificació del règim jurídic aplicable a la societat, perquè s'adopta el d'un altre tipus social, però sempre es conserva la personalitat jurídica de la societat (art. 3 de la LMESM). Per tant, cal diferenciar la transformació social de la dissolució amb la liquidació d'una societat i la constitució d'una societat nova.

L'art. 4 de la LMESM especifica quins són els supòsits possibles de transformació, i incorpora, com en altres normes, els criteris més amplis de la LSRL. En concret, els supòsits de transformació que es poden donar en la pràctica, i que queden sotmesos a l'aplicació de les normes de la llei són els següents:

1) En primer lloc, s'estableix, com a regla general, que una societat mercantil inscrita es pot transformar en qualsevol altre tipus de societat mercantil. El fet que la societat es

trobe en liquidació no impedeix que es pugui transformar en un altre tipus social, sempre que no haja començat la distribució del seu patrimoni entre els socis (art. 5 de la LMESM).

2) Una societat mercantil inscrita, així com una agrupació europea d'interès econòmic (AEIE), es poden transformar en una agrupació d'interès econòmic (AIE). I una AIE es pot transformar en qualsevol tipus de societat mercantil i en AEIE.

3) Una societat civil es pot transformar en qualsevol tipus de societat mercantil.

4) Una societat anònima es pot transformar en societat anònima europea (SAE). I una SAE es pot transformar en societat anònima. En aquest cas, l'operació es regeix per les normes que disposa el Reglament (CE) núm. 2157/2001, i per les normes que el despleguen, així com per la Llei 31/2006, de 18 d'octubre, sobre implicació dels treballadors en les societats anònimes i cooperatives europees (art. 6 de la LMESM).

5) Una societat cooperativa es pot transformar en societat mercantil, i una societat mercantil inscrita, en societat cooperativa. En aquest cas el règim aplicable és el de la legislació especial (art. 7.1 de la LMESM).

6) Una societat cooperativa es pot transformar en societat cooperativa europea, i una societat cooperativa europea es pot transformar en societat cooperativa. En aquest cas es regeix pel Reglament (CE) núm. 1435/2003 i les normes que el despleguen.

En relació amb aquesta llista de supòsits possibles de transformació, que s'ha d'entendre tancada o excloent, en tot cas, d'altres supòsits de transformació que afecten societats mercantils, només s'hi aprecia la variació, respecte de l'art. 87.2 de la LSRL, en el fet que la societat de responsabilitat limitada amb objecte civil podia transformar-se en societat civil, possibilitat que no s'inclou en la llei, tal vegada per limitar-ne l'àmbit d'aplicació a les societats mercantils.

3.2.2. L'acord de transformació

La competència per a acordar la transformació social, tenint en compte la transcendència que comporta la modificació del règim jurídic de la societat, és exclusiva de la junta de socis (art. 8 de la LMESM), acord que s'ha d'adoptar amb els requisits i les formalitats establerts en el règim de la societat que es transforma i que ha d'incloure l'aprovació del balanç de la societat presentat per a la transformació, amb les modificacions que, si s'escau, resulten adequades, així com de les mencions exigides per a la constitució de la societat segons el règim que adopte la societat transformada (art. 10 de la LMESM).

Es planteja ací la possibilitat d'adoptar l'acord de transformació mitjançant un acord sense reunió de junta, és a dir, mitjançant un acord, fins i tot unànim dels socis (supòsit de modificació del contracte social en les societats personalistes), però sense necessitat de convocar una junta a aquest efecte.

Sembla que, tenint en compte el que estableix l'art. 9 de la LMESM, aquesta possibilitat queda vetada. De fet, amb la convocatòria de la junta, els administradors han de posar a disposició dels socis una sèrie d'informació en el domicili social, si bé poden sol·licitar-ne l'enviament o el lliurament gratuïts, fins i tot per mitjans electrònics: l'informe dels administradors sobre l'operació; el balanç de la societat que s'ha de transformar, que ha d'estar tancat dins dels sis mesos anteriors a la data prevista per a la reunió, juntament amb les modificacions que hagen pogut tenir lloc en el període transcorregut; l'informe sobre aquest balanç elaborat per l'auditor de comptes, si la societat està obligada a auditar els seus comptes, i el projecte d'escriptura o els estatuts de la societat que resulte de la transformació, així com altres pactes socials que hagen de constar en un document públic.

Només s'exceptua l'obligació de proporcionar al soci aquesta informació, si la sol·licita, quan l'acord s'adopti en junta universal, que, com és sabut, no necessita que es convoque prèviament ni que l'acord s'adopti per unanimitat. Tanmateix, en les

societats en què l'acord s'haja d'adoptar per unanimitat, la llei no assenyala, en cap cas, que es pugui prescindir de la reunió en junta, de manera que no es pot prendre un acord sense fer la junta.

Igualment, els pactes que han de constar en un document públic són pactes parasocials, que cal fer públics obligatòriament si són societats cotitzades, però també, per exemple, els protocols familiars (definites com el conjunt de pactes subscrits pels socis entre si o amb tercers amb els quals mantenen vincles familiars respecte d'una societat no cotitzada en la qual tinguen un interès comú per tal d'aconseguir un model de comunicació i consens en l'adopció de decisions per a regular les relacions entre família, propietat i empresa que afecten l'entitat), la publicitat dels quals es troba actualment establert en el Reial decret 171/2007, de 9 de febrer, pel qual es regula la publicitat dels protocols familiars.

3.2.3. Tutela dels socis i dels titulars de drets especials

L'art. 11 de la LMESM estableix que la transformació per si sola no allibera els socis del compliment de les seues obligacions davant la societat, com, per exemple, abonar o pagar els dividends passius pendents de desemborsament. De fet, el paràgraf segon d'aquest article estableix que si el nou tipus social exigeix el desemborsament íntegre del capital social, s'ha de desemborsar amb caràcter previ a l'acord de transformació o, si s'escau, a una reducció de capital amb la finalitat de condonar els dividends no pagats.

Si s'efectuen els desemborsaments pendents, la seua realitat s'ha d'acreditar davant el notari que autoritza l'escriptura pública (en aquest cas, s'ha d'entendre que de la manera que s'exigisca per al tipus social resultant de la transformació) i els documents acreditatius s'han d'incorporar a l'escriptura en original o testimoni. De fet, com ja es recollia en la legislació avui derogada sobre societats anònimes i limitades (art. 232 de la LSA i 92.3 de la LSRL), subsisteix la responsabilitat personal i il·limitada pels deutes socials anteriors a la transformació quan una societat personalista es transforme en

societat amb responsabilitat limitada per als socis, sempre que els creditors no hagen aprovat expressament la transformació. L'única diferència apreciable entre el tenor de la LSA i la LSRL en aquest punt residia en el fet que en la LSRL (cf. art. 92.3 de la LSRL) s'establia un període de prescripció d'aquest sistema de responsabilitat, que prescrivia als cinc anys des de la publicació de la transformació en el BORME, criteri que s'ha adoptat també com a general en la llei que ens ocupa (art. 21.2 de la LMESM).

Quan els socis assumisquen una responsabilitat personal i il·limitada pels deutes socials, responen de la mateixa manera dels deutes anteriors a la transformació (art. 21.1 de la LMESM). La transformació suposa la continuïtat de la personalitat jurídica de la societat i, en principi, el manteniment de la participació social de cadascun dels socis, llevat que la seua alteració provinga del consentiment de tots aquells socis que continuen formant part de la societat després de la transformació (per exemple, no els que exercisquen el dret de separació, cf. art. 15 de la LMESM).

La llei planteja expressament la situació dels socis industrials, quan la transformació tinga com a resultat un tipus social incompatible amb la seua naturalesa, i l'art. 12.2 estableix que en aquest cas la seua participació en el capital ha de ser la que corresponga a la quota de participació que els haja estat assignada en l'escriptura social i, si no hi ha aquesta menció, la participació ha de ser el resultat de l'acord de tots els socis, i s'ha de reduir proporcionalment la participació de la resta de socis. Sembla ací que el legislador oblida que per al repartiment de beneficis (que no de pèrdues), el Codi de comerç, en l'art. 140, estableix que el soci industrial participa en els beneficis de la mateixa manera que el soci capitalista de menor aportació, de manera que, llevat que les parts establisquen un acord diferent en l'escriptura social, el soci industrial té assignada una quota de participació (si bé només per a rebre beneficis, ja que, llevat que es faça constar així, el soci industrial no participa en les pèrdues, cf. art. 141 del Codi de comerç). La subsistència, si s'escau, de l'obligació personal del soci industrial en la societat una vegada transformada, si no és possible reconèixer en aquesta societat socis d'aquest tipus, exigeix el consentiment del soci afectat i s'ha d'instrumentar com a

prestació accessòria en les condicions que establisquen els estatuts socials.

La llei s'ocupa igualment d'establir quines són les condicions si una societat mercantil que haja emès obligacions o altres valors (p. ex., una societat anònima) es transforma en un altre tipus social incompatible amb aquesta situació (p. ex., una societat de responsabilitat limitada). L'art. 13 estableix expressament que, en aquest cas, tan sols es pot acordar la transformació si la societat ha realitzat l'amortització o la conversió prèviament, si s'escau, de les obligacions emeses.

A més de la transformació en un altre tipus social, l'acord de transformació pot anar acompanyat d'altres modificacions, com per exemple la incorporació de nous socis (art. 17.1 de la LMESM). A més, l'art. 17.2 especifica que si la transformació va acompanyada de la modificació de l'objecte, del domicili, del capital social o d'altres de l'escriptura o dels estatuts, s'han d'observar els requisits específics d'aquestes operacions d'acord amb les normes reguladores del nou tipus social. Per tant, també fa referència a l'establiment d'un nou òrgan d'administració, que s'ha de regir per les normes de la societat transformada. La publicació de l'acord de transformació s'ha de publicar una vegada en el BORME i en un dels diaris de més circulació de la província en què la societat tinga el domicili (art. 14.1 de la LMESM). De fet, el criteri que s'ha imposat ha estat el de la flexibilització de l'obligació de publicar l'acord (la LSA, en l'art. 224, obligava a publicar-lo tres vegades; l'art. 90 de la LSRL, només una). A més, l'art. 14.2 de la LMESM estableix expressament que la publicació no és necessària quan l'acord es comunica individualment per escrit a tots els socis i, si s'escau, als titulars de drets especials diferents de les accions, participacions o quotes que no es puguin mantenir després de la transformació. El mitjà de comunicació és qualsevol que assegure la recepció al domicili que figure en la documentació de la societat, així com a tots els creditors als domicilis que hagen posat en coneixement de la societat o, si no n'hi ha, als seus domicilis legals (p. ex., correu certificat amb confirmació de recepció, document notarial, burofax, etc.).

S'hi reconeix un dret de separació als socis i un dret d'oposició dels titulars de drets

especials diferents de les accions, de les participacions o de les quotes que no es puguin mantenir després de la transformació. En concret, l'art. 15 estableix que els socis que no hagen votat a favor de l'acord es poden separar de la societat que es transforma, d'acord amb la regulació prevista per al dret de separació en la LSC. Si es tracta de socis que per efecte de la transformació hagen d'assumir una responsabilitat personal pels deutes socials i no hagen votat a favor de l'acord de transformació, queden automàticament separats de la societat, si no s'adhereixen de manera fefaent dins del termini d'un mes des de la data de la seua adopció si han assistit a la junta, o des de la comunicació d'aquest acord si no hi han assistit. Sembla, per tant, que s'ha de comunicar en aquest cas expressament l'acord a aquests socis i, no n'hi ha prou amb la publicació prevista en l'art. 14.1 de la LMESM? O potser hem d'entendre que això ha estat una omisió involuntària del legislador i que, per tant, seguint el que també estableix amb anterioritat la LSA (art. 225) i la LSRL (art. 97.1), si no s'ha substituït la publicació per la comunicació escrita als socis, n'hi ha prou amb la publicació, a partir de la qual es compta el termini d'un mes? Com que es tracta d'una norma que garanteix el dret d'informació de l'accionista, optem, no obstant això, per la primera de les interpretacions proposades.

La valoració de les parts socials corresponent als socis que se separen es fa d'acord amb la LSC (actualment l'art. 353 de la LSC estableix la norma del derogat art. 100 de la LSRL). D'aquesta manera, les parts socials dels socis que se separen són valorades, si no hi ha acord dels socis, per un auditor de comptes nomenat pel registrador mercantil del domicili social. El dret d'oposició es reconeix als titulars de drets especials diferents de les accions, de les participacions o de les quotes, que no es puguin mantenir després de la transformació (per exemple, els titulars d'obligacions quan la transformació és de societat anònima a societat de responsabilitat limitada). La transformació no pot tenir lloc si, dins del mes següent a la publicació en el BORME de l'acord de transformació o de l'enviament de la comunicació individual per escrit, s'hi oposen titulars de drets especials diferents de les accions (en aquest cas sí que es distingeix segons el sistema de publicitat seguit en el supòsit concret). L'oposició no té cap efecte si el soci en qüestió ha votat a favor de la transformació prèviament. Per tant, han de ser socis que han

votat en contra o que no hagen assistit a la junta que ha tractat sobre la transformació social.

3.2.4. Escritura de transformació i inscripció en el RM

Una vegada acabat el procediment de transformació, la LMESM disposa, en l'art. 18, que l'escriptura pública de transformació ha de ser atorgada per la societat i per tots els socis que passen a respondre personalment dels deutes socials, d'acord amb el que disposava l'art. 89 de la LSRL. L'escriptura pública de transformació s'ha d'ajustar, pel que fa al contingut, al que estableix la normativa pròpia del tipus resultant de la transformació, i ha d'incloure en concret la relació de socis que hagen fet ús del dret de separació i el capital que representen, així com la quota, les accions o les participacions que s'atribuïsquen a cadascun dels socis en la societat transformada.

En cas que la normativa pròpia del tipus transformat així ho establisca, s'ha d'incorporar a l'escriptura l'informe dels experts independents sobre el patrimoni social (com l'art. 89, *in fine* de la LSRL). Amb caràcter general, s'estableix l'eficàcia constitutiva de la inscripció en el Registre Mercantil de l'escriptura pública de transformació, de manera que aquesta només té eficàcia a partir d'aquest moment (art. 19 de la LMESM; art. 90.1 i 90.2 de la LSRL). No obstant això, cal tenir en compte la importància de la publicació en el BORME de la inscripció pel que fa a tercers.

Finalment, l'art. 20 de la llei estableix que la transformació, una vegada inscrita, pot ser impugnada en el termini de tres mesos comptadors, per tant, des de la data de la inscripció en el RM, i no des de la de publicació de la inscripció de l'acord de transformació en el BORME.

3.3. La fusió de societats mercantils

3.3.1. Concepte i classes de fusió

La fusió és un procediment que, des del punt de vista econòmic, tendeix a la concentració i integració d'empreses que, alhora, ve imposada per la racionalització de la producció, i per les exigències de la competència. Això comporta un augment de grandària de les empreses i imposa la necessitat de recórrer a aquestes operacions que tenen una finalitat evident de concentració empresarial.

Des del punt de vista jurídic, la fusió és un procediment pel qual dues o més societats agrupen els seus patrimonis i els seus socis en una única societat, després de l'extinció prèvia de totes les societats participants en la fusió (fusió per creació de societat nova), o després de la dissolució prèvia de totes menys una, que absorbeix les altres (fusió per absorció) (cf. art. 22 de la LMESM).

La fusió per creació d'una societat nova suposa que dues o més societats agrupen els seus patrimonis i els seus accionistes en una societat que es crea amb el propòsit d'agrupar-hi totes les societats dissoltes. D'altra banda, en la fusió per absorció, una de les societats participants en la fusió no es dissol i passa a absorbir els patrimonis i els socis de les altres societats, i augmenta el capital i es dissolen la resta de societats (art. 23 de la LMESM).

D'altra banda, res no impedeix que la fusió tinga lloc entre societats de diferent naturalesa, i es parla, doncs, de fusions mixtes o heterogènies. Aquestes fusions no tenen un règim jurídic propi, i hi ha nombrosos problemes quant al procediment, requisits i règim de la fusió. En l'actualitat, la LMESM estableix diversos supòsits especials de fusió:

1) El que regula l'art. 28 de la LMESM, sobre fusió de societats en liquidació, estableix la possibilitat que aquestes societats es fusionen, sempre que no haja començat la distribució del seu patrimoni entre els socis.

2) El de l'art. 35 de la LMESM (fusió palanquejada o *leveraged buy-out*), supòsit en el qual alguna de les societats participants en la fusió ha contret deutes en els tres anys

immediatament anteriors a l'operació, per a adquirir el control d'una altra que participa en la fusió o per a adquirir actius essencials per a la seua explotació normal, o de gran importància pel seu valor patrimonial. El precepte preveu, en aquest cas, un contingut especial del projecte de fusió, així com de l'informe dels administradors i dels experts (han de referir-se a aquesta situació prèvia). En aquest cas, a més, resulta imprescindible l'informe dels experts, fins i tot quan es tracte d'un acord unànim de fusió.

3) L'art. 49 de la LMESM estableix també l'absorció de societat íntegrament participada, i s'hi preveu per a aquest supòsit una major simplicitat del procediment (menor contingut del projecte de fusió, no són necessaris els informes d'administradors i experts, llevat que es tracte d'una fusió transfronterera intracomunitària o si la societat absorbent és titular de manera indirecta de totes les accions o participacions en què es divideix el capital de l'absorbida; tampoc no ha d'haver-hi augment del capital de l'absorbent, ni es requereix l'aprovació de la fusió per les juntes generals de la societat o societats absorbides.

4) Pel que fa a l'absorció de societat participada al noranta per cent o més, però no de la totalitat del capital, l'art. 50 de la LMESM preveu que no són necessaris els informes d'administradors i d'experts, sempre que la societat absorbent en el projecte de fusió oferisca als socis de les societats absorbides l'adquisició de les seues accions o participacions socials, estimades en el seu valor raonable, dins d'un termini determinat, que no pot ser superior a un mes a comptar des de la data d'inscripció de l'absorció en el Registre Mercantil. Sí que és necessari l'informe en cas de fusió transfronterera comunitària. Per a aquest supòsit els art. 50 i 51 preveuen igualment un procediment de fusió simplificat, sempre que es complisca amb les exigències de publicitat i altres requisits que estableix la llei, i es permeta a la minoria de socis (1%) sol·licitar la convocatòria de la junta de la societat absorbent per a l'aprovació de la fusió, tot i que, amb caràcter general, es pot obviar aquesta convocatòria si es compleixen les exigències que estableix la norma.

5) Supòsits assimilats a l'absorció de societats íntegrament participades són la fusió de societats íntegrament participades de manera directa o indirecta pel mateix soci, així com la fusió per absorció quan la societat absorbida siga titular de manera directa o indirecta de totes les accions o participacions de la societat absorbent.

Amb caràcter general, l'art. 53 de la LMESM considera operació assimilada a la fusió, la que consisteix en l'extinció d'una societat, que transmet en bloc el seu patrimoni a la societat que posseeix la totalitat de les seues accions, participacions o quotes.

El procediment de fusió també s'ha de diferenciar de les denominades «fusions impròpies», en què els socis, per a no sotmetre's a les normes rígides de la fusió, opten per altres procediments que hi ha en la pràctica dels negocis, com ara la transmissió de tot el patrimoni d'una societat a una altra, la venda-fusió, o la transmissió o venda de totes les accions d'una societat (o d'un paquet de control).

3.3.2. Condicions de la fusió

Són requisits o condicions perquè puguem parlar de fusió els següents:

1) Que es produïska la dissolució d'una, de diverses o de totes les societats participants en el procediment de fusió. Aquestes societats s'han d'extingir, i el patrimoni i els socis s'han d'integrar en una altra societat, bé siga de nova creació o bé siga la societat absorbent. Això comporta que les juntes generals de les societats implicades en l'operació han d'adoptar els acords corresponents (cf. art. 23, 40 i 42 de la LMESM).

2) Que es transmeten en bloc els patrimonis de les societats dissoltes. Amb això es pretén que el patrimoni es transmeta de manera universal, en unitat d'acte i de títol adquisitiu (art. 23 de la LMESM).

3) Que no es liquiden les societats dissoltes, és a dir, la dissolució de les societats participants en la fusió no pot generar la liquidació dels patrimonis de cadascuna de les

societats fusionades (art. 23 de la LMESM).

4) Agrupació de tots els socis en una única societat resultant de la fusió, de manera que s'han de lliurar als accionistes accions de la nova societat o de l'absorbent (després d'haver augmentat prèviament el seu capital). La llei s'ocupa amb profusió del tipus de bescanvi de les accions (que s'ha d'establir sobre la base del valor real del seu patrimoni, segons assenyala l'art. 25 de la LMESM).

3.3.3. El procediment legal de fusió

La LMESM, igual que feia la LSA, estableix amb detall el procediment de fusió, que s'estructura en les parts següents:

a) Preparació de la fusió: el projecte de fusió

La iniciativa del projecte de fusió correspon normalment als administradors, tot i que pot provenir igualment d'un acord de la junta general d'una o diverses societats integrants del futur projecte de fusió.

Els òrgans d'administració de totes les societats han de subscriure el projecte de fusió, que els obliga internament, i no poden fer res que dificulte l'aprovació posterior del projecte (art. 30.2 de la LMESM). El projecte els vincula durant el termini de sis mesos, i queda sense efecte si les juntes generals respectives no han aprovat el projecte en aquest termini (art. 30.3 de la LMESM).

L'art. 31 de la LMESM estableix el contingut mínim del projecte de fusió, que resulta de gran transcendència per a les societats implicades en el projecte.

L'art. 32 de la LMESM preveu un règim específic de publicitat del projecte de fusió, i estableix que els administradors estan obligats a presentar un exemplar del projecte

comú de fusió per a dipositar-lo en el Registre Mercantil corresponent a cadascuna de les societats que participen en la fusió. Una vegada efectuats el dipòsit i la qualificació del registrador, aquest ha de comunicar el dipòsit i la seua data al Registre Mercantil central.

Amb anterioritat al dipòsit, no es pot convocar la junta general que haja de resoldre sobre la fusió, llevat que es tracte de la realització de junta universal (art. 32.1 de la LMESM). Aquesta última menció no sembla gaire adequada, atès que la junta universal, com és sabut, no requereix una convocatòria formal (sí que s'efectua normalment una convocatòria oficiosa). Així doncs, sembla que el legislador pensa que aquesta norma no s'aplica a la junta universal, ja que la convocatòria oficiosa no ha de respectar la regla establerta en aquest precepte.

En tot cas, en l'anunci en el BORME han de constar la denominació, el tipus social i el domicili de les societats que es fusionen, així com les seues dades registrals.

b) Informe d'experts independents i dels administradors sobre el projecte de fusió

Segons l'art. 33 de la LMESM, els administradors de totes les societats que participen en la fusió han d'elaborar un informe en què expliquen i justifiquen de manera detallada el projecte comú de fusió en els aspectes jurídics i econòmics, amb especial referència al tipus de bescanvi de les accions, participacions o quotes i a les especials dificultats de valoració que puguen haver-hi, així com les implicacions de la fusió per als socis, els creditors i els treballadors.

La llei exigeix que, tenint en compte la naturalesa de l'operació de fusió, un o diversos experts independents per cada societat (si es tracta de societats anònimes o comanditàries per accions, cf. art. 34.1 de la LMESM), o un o diversos en representació de totes elles, quan així ho acorden els òrgans d'administració, han d'emetre un informe sobre el projecte de fusió.

Aquests experts els han de nomenar el registrador mercantil del domicili social de cada societat i en el cas de tractar-se del supòsit d'un expert únic, l'ha de nomenar el registrador mercantil del domicili de la societat resultant de la fusió o de la societat absorbent (art. 34.1 de la LMESM). Aquests experts poden obtenir totes les informacions i els documents que consideren útils i fer totes les comprovacions que estimen necessàries (art. 34.2 de la LMESM). L'art. 34.3 de la LMESM assenyala el contingut de l'informe de l'expert, que ha de fer referència al bescanvi de les accions, participacions o quotes dels socis, als mètodes del seu establiment, així com si el patrimoni aportat per les societats que s'extingeixen és igual, almenys, al capital de la nova societat o a l'augment del capital de l'absorbent (art. 34.3 de la LMESM). Els experts assumeixen la mateixa responsabilitat que els auditors de comptes de la societat, i en queden exonerats si acrediten la seua diligència i, segons la llei, els estàndards propis de l'actuació encomanada (art. 34.4 de la LMESM). Evidentment, en relació amb aquesta norma, hem de comentar que la diligència pròpia de la seua funció no és l'ordinària, sinó la de l'activitat de perits i, per tant, la referència als estàndards de la norma no ha de portar a pensar en uns requisits addicionals o externs a l'obligació de complir la seua funció diligentment que s'exigeix a aquest tipus de professionals.

L'informe dels experts pot ser exclòs quan així ho haja acordat la totalitat dels socis amb dret de vot i, si s'escau, dels qui d'acord amb la llei o els estatuts puguen exercir legítimament aquest dret, de cadascuna de les societats que intervenen en la fusió (art. 34.5 de la LMESM). Tampoc no és necessari en el supòsit de societats íntegrament participades (art. 34.5 i 49.1.2n de la LMESM). Sí que és imprescindible l'informe d'experts en el supòsit de fusió posterior a una adquisició de societat amb endeutament de l'adquirent (*leveraged buy-out*) que recull l'art. 35 de la LMESM a què hem fet referència com a supòsit especial de fusió. En aquest supòsit, a més, l'informe dels experts ha d'incloure un judici sobre el caràcter raonable o no de les indicacions que s'inclouen en el projecte de fusió i l'informe dels administradors (pel que fa a l'obtenció prèvia del control de l'adquirent i al seu endeutament per aquest motiu), i determinar a més si hi ha assistència financera.

a) El balanç de fusió

Es pot considerar balanç de fusió l'últim balanç de l'exercici aprovat, sempre que s'haja tancat dins dels sis mesos anteriors a la data del projecte de fusió (i no com s'indicava en la legislació anterior, des de la data de realització de la junta). Tingueu en compte a més que en l'actualitat, per a alguns dels supòsits de fusió, es permet excloure l'acord en junta. Si l'últim balanç aprovat no compleix aquesta condició, cal elaborar un balanç tancat amb posterioritat al primer dia del tercer mes precedent a la data del projecte de fusió, seguint els mateixos mètodes i criteris de presentació de l'últim balanç anual i, en qualsevol cas, es poden modificar les valoracions incloses en l'últim balanç, tenint en compte les modificacions importants del valor raonable que no hi apareguen reflectides (art. 36 de la LMESM), aspecte sobre el qual recau l'important deure d'informació dels administradors, ja que s'ha d'integrar en l'informe sobre el projecte de fusió.

El balanç de fusió i les seues modificacions anteriors els ha de verificar per l'auditor de comptes de la societat, quan hi haja obligació d'auditar-les, i s'han de sotmetre a l'aprovació de la junta de socis que resolga sobre la fusió, i a aquests efectes s'ha d'esmentar expressament en l'ordre del dia de la junta (art. 37 de la LMESM). Evidentment, en els supòsits especials que recull la LMESM, en què no cal que la junta approve el projecte de fusió, no cal que aquest òrgan social approve el balanç.

El balanç de fusió pot ser impugnat, si bé la impugnació no pot suspendre per si sola l'execució de la fusió.

El soci que es considere perjudicat per la relació de bescanvi establerta pot sol·licitar al registrador mercantil del domicili social la designació d'un expert independent que fixe la quantia de la indemnització compensatòria, si així s'ha previst en els estatuts o s'ha decidit expressament per les juntes que acorden la fusió o l'escissió. La sol·licitud al registrador mercantil s'ha de fer en el termini d'un mes des de la data de publicació de l'acord de fusió o escissió en el BORME, i s'ha de substanciar per les regles establertes

en el Reglament del Registre Mercantil.

b) Convocatòria de la junta general i informació preceptiva

La publicació o comunicació individual de la convocatòria de la junta ha de posar a disposició dels socis, obligacionistes i titulars de drets especials, així com dels representants dels treballadors, al domicili social, els documents que assenyalava l'art. 39.1 de la LMESM i, a més, els socis i els representants dels treballadors poden demanar el lliurament o l'enviament gratuït d'una còpia dels documents (art. 39.2 de la LMESM). Sobre els administradors recau, a més, l'obligació de comunicar les modificacions importants de l'actiu o del passiu esdevingudes en qualsevol de les societats que es fusionen, entre la data de redacció del projecte de fusió i la de la reunió de junta que haja d'aprovar-la, i aquesta informació s'ha de traslladar als administradors de la resta d'entitats implicades en la fusió (art. 39.3 de la LMESM).

La publicació o comunicació individual de la convocatòria s'ha de realitzar amb una antelació mínima d'un mes a la data de realització de la junta, i ha d'incloure les mencions exigides pel projecte de fusió, així com el dret de tots els socis, obligacionistes i titulars de drets especials, a consultar en el domicili social els documents indicats en l'art. 39 de la LMESM. Sembla ací involuntari l'oblit dels representants dels treballadors, que, a més, gaudeixen del dret de sol·licitar l'enviament d'una còpia d'aquesta documentació (art. 40 i 39.2 de la LMESM).

Quan la fusió supose la creació d'una nova societat, l'acord de fusió ha d'incloure les mencions legalment exigides per a constituir-la (art. 40.3 de la LMESM).

c) Els acords de fusió

La junta general de cadascuna de les societats participants en la fusió ha d'adoptar l'acord de fusió, i s'ha d'ajustar al projecte de fusió, ja que la modificació del projecte de

fusió equival a rebutjar-lo (art. 40.1 de la LMESM).

El règim de majories és el reforçat. Si les societats participants o la societat resultant no són anònimes o comanditàries per accions i l'acord de fusió s'ha adoptat en junta de socis amb l'assistència o la representació de tots els membres i per unanimitat, no s'apliquen les normes generals vistes sobre projecte i balanç de fusió, ni tampoc sobre la informació sobre la fusió de l'art. 39, ni tampoc les incloses en l'art. 40.1 i 40.2 de la LMESM (adopció de l'acord, publicació de la convocatòria de la junta i comunicació als socis del projecte de fusió). Aquesta circumstància en cap cas suposa un minvament del dret d'informació que tenen els representants dels treballadors (art. 42 de la LMESM).

L'art. 41 de la LMESM estableix determinades exigències especials de l'acord de fusió, en el sentit que exigeix, a més, el consentiment de tots els socis que passen a respondre il·limitadament dels deutes socials, així com dels socis de les societats que s'extingisquen que hagen d'assumir obligacions personals en la societat resultant. Igualment, s'exigeix el consentiment individual dels titulars de drets especials diferents de les accions o participacions quan no gaudisquen, en la societat resultant de la fusió, de drets equivalents als que els corresponien en la societat extingida, llevat que la modificació d'aquests drets haja estat aprovada per l'assemblea d'aquests titulars.

d) La publicació de l'acord

Segons l'art. 43 de la LMESM, l'acord de fusió, una vegada adoptat, s'ha de publicar en el BORME i en un dels diaris de més circulació a les províncies en les quals cada societat tinga el domicili. En l'anunci s'ha de fer constar el dret que assisteix els socis i creditors d'obtenir el text íntegre de l'acord adoptat i del balanç de la fusió, així com el dret d'oposició que correspon als creditors. Aquest sistema de publicació es pot substituir per la comunicació individual per escrit a tots els socis i creditors, per un procediment que asseure la recepció d'aquest acord en el domicili que figure en la documentació de la societat.

e) Dret d'oposició dels creditors

La fusió no es pot fer abans d'un mes des de la data de publicació de l'últim anunci de l'acord pel qual s'aprova la fusió o, en cas de comunicació per escrit a tots els socis i creditors, de l'enviament de la comunicació a l'últim d'ells.

Dins d'aquest termini, es poden oposar a la fusió els creditors de cadascuna de les societats que es fusionen el crèdit dels quals haja nascut abans de la data de publicació del projecte de fusió, no haja vençut en aquell moment i fins que se'ls garantisquen aquests crèdits. És evident que no gaudeixen d'aquest dret d'oposició els creditors els crèdits dels quals estiguen suficientment garantits.

Els obligacionistes també poden exercir el dret d'oposició en els mateixos termes, llevat que la fusió haja estat aprovada per l'assemblea d'obligacionistes.

Quan els creditors tinguen el dret d'oposició, la fusió no es pot portar a terme fins que els creditors que s'hi oposen tinguen una garantia que els satisfaga o, altrament, fins que se'ls notifique la prestació de fiança solidària al seu favor per una entitat de crèdit degudament habilitada per a prestar-la, pel total de la quantia del crèdit i fins que no prescriga l'acció per a exigir-ne el compliment (art. 44 de la LMESM).

f) Escritura de fusió i inscripció en el Registre Mercantil

L'art. 45 de la LMESM disposa que les societats que es fusionen han d'eleva l'acord de fusió adoptat a escritura pública, a la qual s'ha d'incorporar el balanç de fusió. Si la fusió és per creació d'una societat nova, l'escriptura ha d'incloure les mencions legalment exigides per a la seua constitució; mentre que si es tracta de fusió per absorció, l'escriptura ha d'incloure les modificacions estatutàries acordades en la societat absorbent, el nombre, la classe i la sèrie de les accions o les participacions o quotes que s'hagen d'atribuir, en cada cas, a cadascun dels nous socis (art. 45 de la LMESM, en el mateix sentit que la normativa de la LSA). Els art. 227 a 230 RRM fan

referència al contingut concret de l'escriptura de fusió.

A continuació, la nova societat s'ha d'inscriure en el RM o, si s'escau, les modificacions estatutàries introduïdes s'han d'inscriure en el full obert en la societat absorbent (art. 233 del RRM). La inscripció registral de la fusió té caràcter constitutiu (art. 46.1 de la LMESM i 233 del RRM), de manera que l'eficàcia de la fusió queda supeditada a aquesta inscripció, sense perjudici dels efectes atribuïts a la necessària publicació en el BORME. Així mateix, s'han de cancel·lar els assentaments registrals de les societats extingides (art. 46.2 de la LMESM).

g) La impugnació de la fusió

En seu d'impugnació, la nova llei estableix, en l'art. 47, que cap fusió pot ser impugnada després d'inscriure-la, sempre que s'haja fet d'acord amb les previsions d'aquesta llei. Queden fora de perill, segons la norma, els drets dels socis i de tercers al rescabament dels danys i perjudicis causats. El termini per a exercir l'acció d'impugnació caduca als tres mesos, comptats des del moment en què la fusió siga oposable a qui invoca la nul·litat.

La sentència de nul·litat de la fusió s'ha d'inscriure en el RM, s'ha de publicar en el BORME i no afecta per si sola la validesa de les obligacions nascudes després de la inscripció de la fusió, a favor o a càrrec de la societat absorbent o de la nova societat sorgida de la fusió.

D'aquestes obligacions, si són a càrrec de la societat absorbent o de la nova societat, n'han de respondre solidàriament les societats que participen en la fusió.

Si es tracta d'una fusió per creació d'una nova societat, cal tenir en compte, a més, el règim de nul·litat del tipus societari concret (art. 47.4 de la LMESM).

h) Efectes de la fusió sobre la responsabilitat dels socis

Els socis responsables personalment dels deutes socials de les societats extingides per la fusió continuen responent d'aquests deutes de la mateixa manera, llevat que els creditors socials hagen consentit expressament la fusió (art. 48 de la LMESM). La responsabilitat personal d'aquests socis prescriu als cinc anys des de la publicació de la fusió en el BORME.

3.3.4. Les fusions transfrontereres intracomunitàries

La LMESM, en l'art. 54, defineix aquestes fusions com les fusions de societats de capital constituïdes de conformitat amb la legislació d'un estat que forma part de l'espai econòmic europeu amb domicili social, administració central o centre d'activitat principal que es trobe dins de l'espai econòmic europeu, quan, intervenint-hi almenys dues d'aquestes sotmeses a la legislació d'estats membres diferents, una de les societats que es fusionen estiga subjecta a la legislació espanyola.

Les societats de capital subjectes a la legislació espanyola que poden participar en una operació d'aquesta naturalesa són les societats anònimes, les comanditàries per accions i les de responsabilitat limitada (art. 54.2 de la LMESM).

La llei exclou del seu àmbit d'aplicació les fusions transfrontereres en les quals participe una societat cooperativa o una societat d'inversió col·lectiva de capitals obtinguts del públic i el seu funcionament estiga sotmès al principi de repartiment dels riscos (art. 56 de la LMESM).

D'altra banda, la llei preveu expressament que el Govern espanyol pugui imposar condicions per raons d'interès públic a aquest tipus de fusions quan una de les societats estiga subjecta a la llei espanyola (art. 58 de la LMESM). Ací apreciem de nou la connexió entre la legislació societària i la reguladora del mercat, o el dret de la competència.

La llei estableix una sèrie d'especialitats en el procediment de fusió en aquest tipus d'operacions, i amplia les mencions mínimes del projecte de fusió (art. 59.2 de la LMESM); sobre el dret d'informació dels socis i representants dels treballadors (art. 60 de la LMESM); s'hi estableix la possibilitat que l'aprovació de la fusió quede condicionada a la ratificació expressa de les condicions establertes per a la participació dels treballadors en la societat resultant de la fusió (art. 61 de la LMESM); els socis de les societats espanyoles que hi voten en contra tenen el dret de separació si la societat resultant té el domicili en un altre estat (art. 62 de la LMESM); aplicació de les mateixes normes a la fusió d'una societat de responsabilitat limitada (art. 63 de la LMESM); funcions especials del registrador mercantil, tant pel que fa a l'emissió de certificacions sobre els actes i tràmits previs a la fusió per les societats espanyoles (art. 64 de la LMESM), com pel que fa al necessari control de legalitat si la societat resultant té el domicili a Espanya (art. 65 de la LMESM).

L'art. 66 fa referència a la necessària publicitat i inscripció de la fusió, i declara aplicable la normativa sobre publicitat de les fusions amb caràcter general. S'ha de publicar en el BORME una indicació per a cadascuna de les societats fusionades, de les condicions d'exercici dels drets dels creditors i, quan escaiga, dels socis de les societats que es fusionen, així com l'adreça on es pot obtenir, sense cost, una informació completa sobre aquestes condicions.

Quan la societat resultant tinga domicili a Espanya, el registrador mercantil ha de notificar immediatament la inscripció de l'escriptura de fusió als registres on es troben inscrites les societats que s'extingisquen per la fusió.

De gran rellevància resulta el reconeixement dels drets d'implicació dels treballadors en la societat resultant de la fusió, que es defineixen segons l'art. 67 de la LMESM, d'acord amb la legislació laboral espanyola, si la societat resultant de la fusió té el domicili en territori nacional. En tot cas, els drets d'informació i consulta dels treballadors de la societat resultant de la fusió que presten els seus serveis en centres de treball situats a

Espanya es regeixen per la legislació laboral espanyola, encara que la societat no tinga el domicili a Espanya (art. 67.4 de la LMESM).

3.4. L'escissió de societats

Com a operació econòmica, l'escissió pot obeir a finalitats diferents, ja que depenent de la modalitat d'escissió concreta davant la qual ens trobem, l'objectiu pot ser, en uns casos, la desconcentració d'empreses i, en altres casos, la concentració.

De fet, l'escissió es manifesta, d'una banda, com la separació en dues o més parts del patrimoni d'una societat (que s'extingeix) per a aportar-les a una o diverses societats noves o preexistents; de l'altra banda, com l'operació que consisteix a segregat una o diverses parts d'una societat (que subsisteix) per a integrar-les en una o diverses societats noves o preexistents.

3.4.1. Concepte i caràcters

En l'actualitat el nostre ordenament jurídic esmenta, en l'art. 68 de la LMESM, tres tipus diferents d'escissió: l'escissió total, la parcial i la segregació.

Segons l'art. 69, per escissió total s'entén l'extinció d'una societat, amb divisió de tot el seu patrimoni en dues parts o més, cadascuna de les quals es transmet en bloc per successió universal a una societat de nova creació o és absorbida per una societat ja existent, de manera que els socis reben un nombre d'accions, participacions o quotes de les societats beneficiàries proporcional a la seua participació respectiva en la societat que s'escindeix.

Segons estableix l'art. 70, per escissió parcial s'entén el traspàs en bloc per successió universal d'una o diverses parts del patrimoni d'una societat, cadascuna de les quals forma una unitat econòmica, a una o diverses societats de nova creació o ja existents, de manera que els socis reben de la societat escindida un nombre d'accions,

participacions o quotes socials de les societats beneficiàries de l'escissió proporcional a la seua participació respectiva en la societat que s'escindeix i aquesta redueix el capital social en la quantia necessària.

Finalment, la LMESM introdueix un nou tipus d'escissió, la segregació, que segons l'art. 71 es considera com el traspàs en bloc per successió universal d'una o diverses parts del patrimoni d'una societat, cadascuna de les quals forma una unitat econòmica, a una o diverses societats, i a canvi la societat segregada rep accions, participacions o quotes de les societats beneficiàries. La norma planteja problemes d'interpretació importants, com per exemple la determinació del sentit que s'ha de donar a l'expressió «unitat econòmica», o la no-exigència del manteniment com a unitat econòmica també de la societat escindida després de l'operació d'escissió, que segons estableix l'article, podria esdevenir inoperativa.

Aquestes qüestions són només una mostra dels importants problemes interpretatius (plausible, però necessita més concreció) que l'aplicació del règim de l'escissió a la segregació podria produir en la pràctica. Tanmateix, en tot cas, el reconeixement exprés de l'operació de segregació com a modificació estructural i el reconeixement que la transmissió produeix per successió universal són de gran importància per a garantir el bon èxit d'aquestes operacions societàries entre societats mercantils.

L'art. 72 de la LMESM indica que les normes de l'escissió són igualment d'aplicació a l'operació per la qual una societat transmet en bloc el seu patrimoni a una altra societat de nova creació, i a canvi rep totes les accions, participacions o quotes de soci de la societat beneficiària. L'art. 68.1 de la LMESM disposa que les societats beneficiàries de l'escissió poden ser d'un tipus mercantil diferent al de la societat que s'escindeix. A més, si la part del patrimoni que es transmet en bloc està formada per una o diverses empreses o establiments comercials, industrials o de serveis, poden ser atribuïts a la societat beneficiària els deutes contrets per a l'organització o el funcionament de l'empresa que es traspasa (art. 70.2 de la LMESM).

Tenint en compte els art. 73 i ss. de la LMESM, és aplicable a l'escissió el règim jurídic de la fusió de societats. L'escissió de societats mercantils de diferent nacionalitat es regeix pel que estableixen les seues lleis personals. En les societats anònimes europees s'aplica el seu règim especial.

3.4.2. Requisits de l'escissió

Els requisits següents són necessaris per a poder parlar d'escissió en un sentit tècnic i jurídic (Martínez Sanz):

- 1) Que se segregue i aporte tot o part del patrimoni d'una societat a una o diverses societats (art. 69 i ss. de la LMESM).
- 2) S'han de lliurar les accions o quotes de la societat o les societats beneficiàries als accionistes de la societat escindida, que passen a ser socis de la societat beneficiària, en la proporció que els corresponga, determinada en els projectes d'escissió (art. 69 i ss. de la LMESM).
- 3) En el cas d'escissió parcial, la societat que s'escindeix ha de reduir el capital social en la quantia que corresponga.
- 4) Que la transmissió del patrimoni total o parcial de la societat escindida es faci en bloc o per transmissió universal (art. 69 i ss. de la LMESM).
- 5) Que les accions de la societat escindida es troben íntegrament desemborsades (art. 68.3 de la LMESM).

3.4.3. Procediment d'escissió

Per remissió a les normes sobre fusió, els administradors han d'elaborar un informe d'escissió, que ha d'incloure, a més de les mencions que estableix l'art. 31 de la LMESM

per al projecte de fusió, la designació i, si s'escau, el repartiment dels elements de l'actiu i del passiu que s'han de transmetre a les societats beneficiàries; també el repartiment entre els socis de la societat escindida de les accions, participacions o quotes que els corresponguen en el capital de les societats beneficiàries, així com el criteri en què es fonamenta aquest repartiment. Aquesta menció, no obstant això, no escau en el cas de segregació (justament per la pròpia naturalesa de l'operació), tal com estableix l'art. 74 de la LMESM.

Sobre aquest projecte, els administradors de les societats participants en l'escissió també han d'emetre un informe, en el qual cal expressar que han emès els informes sobre les aportacions no dineràries previstes en la llei quan les societats beneficiàries de l'escissió siguin anònimes o comanditàries per accions, així com el Registre Mercantil on aquests informes es troben dipositats o es dipositaran. Aquest informe d'experts independents es troba regulat en l'art. 78 de la LMESM, si bé es preveu en la norma la possibilitat que els administradors de totes les societats participants en l'escissió sol·liciten al registrador mercantil del domicili de qualsevol d'aquestes que nomenen un perit que elabore un informe únic. I, igualment, és novetat de la LMESM la possibilitat d'excloure l'informe o els informes dels perits, si així ho acorden la totalitat dels socis amb dret de vot i, si s'escau, dels qui d'acord amb la llei o els estatuts, poden exercir legítimament el dret de vot, de cadascuna de les societats que participen en l'escissió (cf. art. 78.3 de la LMESM).

Els administradors estan obligats a comunicar a la junta de socis qualsevol modificació important del patrimoni posterior a l'elaboració del projecte d'escissió, i abans de la data de realització de la junta. Els administradors de les societats beneficiàries també han de proporcionar aquesta informació en els casos d'escissió per absorció, i aquests als administradors de la societat escindida, perquè, al seu torn, informen la junta de socis.

3.4.4. Tutela dels socis i dels creditors

L'art. 75 de la LMESM disposa que en el supòsit d'escissió total, si un element de l'actiu no s'ha adjudicat a cap societat beneficiària en el projecte d'escissió i la seua interpretació no permet decidir sobre el repartiment, s'ha de distribuir aquest element o el seu contravalor entre totes les societats beneficiàries de manera proporcional a l'actiu atribuït a cadascuna d'aquestes. Si es tracta d'un element del passiu, en responen solidàriament totes les societats beneficiàries. Per a tutelar els socis, l'art. 76 de la LMESM estableix igualment que, tant en el supòsit d'escissió total com en el d'escissió parcial amb pluralitat de societats beneficiàries, sempre que no s'atribuïsquen als socis de la societat escindida accions, participacions o quotes de totes les societats beneficiàries, és necessari el consentiment individual dels afectats. L'art. 80 de la LMESM estableix expressament que del compliment de les obligacions assumides per una societat beneficiària, en responen solidàriament la resta de societats beneficiàries fins a l'import de l'actiu net atribuït en l'escissió a cadascuna d'aquestes, i si la societat que s'escindeix no ha deixat d'existir com a conseqüència de l'escissió, la mateixa societat escindida per la totalitat de l'obligació (naturalment aquesta responsabilitat es preveu si no es compleix l'obligació per la societat beneficiària que la va contraure). De la mateixa manera, resulta aplicable a l'escissió el règim de la impugnació de la fusió, si bé aquesta impugnació només és possible amb posterioritat a la inscripció de l'escissió en el Registre Mercantil.

3.5. La cessió global de l'actiu i el passiu

En l'actualitat, la LMESM introdueix entre les modificacions estructurals la cessió global de l'actiu i el passiu societari (títol IV, art. 81 i ss. de la LMESM). Aquesta operació, tradicionalment arrelada en la liquidació de la societat, ha passat a estar considerada com a modificació estructural, i es permet d'aquesta manera la transmissió universal del patrimoni de la societat a altres societats, a canvi d'una contraprestació diferent a les accions, participacions o quotes de capital de l'altra societat (supòsit que podem, segons els casos, qualificar de fusió o escissió de societats).

Amb anterioritat, ja alguns autors, directament o indirectament, defensaven la seua

naturalesa de modificació estructural (en relació, per exemple, a la segregació de branca d'activitat, vegeu Alonso Ledesma; amb caràcter general, Embid Irujo).

3.5.1. Concepte i característiques de l'operació

L'operació de cessió global de l'actiu i el passiu es defineix en l'art. 81 de la LMESM com la transmissió en bloc de tot el patrimoni d'una societat per successió universal, a un o diversos socis o tercers, a canvi d'una contraprestació que no pot consistir en accions, participacions o quotes de soci del cessionari. Cal destacar que la societat cedent, com diu l'art. 81.2 de la LMESM, s'extingeix si la contraprestació es rep totalment i directament pels socis. A continuació, aquest mateix article destaca que la contraprestació que cada soci pugui rebre ha de respectar les normes aplicables a la quota de liquidació. A més, l'art. 82 de la LMESM exigeix un requisit específic quan l'operació tinga com a beneficiaris dos o més cessionaris, ja que en aquest cas cadascuna de les parts del patrimoni que es pugui cedir ha de constituir una unitat econòmica (per exemple, una branca d'activitat de l'empresa, amb possibilitat de funcionament i supervivència independents). L'explicació la trobem bàsicament en el principi de conservació de l'empresa, si bé podríem criticar la necessitat d'aquesta exigència quan aquesta supervivència estiga assegurada per les especials característiques de l'activitat i la naturalesa de la societat cessionària.

Les societats en liquidació poden ser igualment cedents del seu actiu i passiu, sempre que no s'haja començat la distribució del seu patrimoni entre els socis. I si la societat cedent i el cessionari o cessionaris tenen diferent nacionalitat, la cessió es regeix per les seues lleis personals. Si es tracta de societats anònimes europees, cal atènyer-se al règim aplicable en cada cas.

3.5.2. El projecte de cessió global

Els administradors de la societat són els encarregats de redactar i subscriure un projecte de cessió global, que ha d'incloure, segons l'art. 85.1 de la LMESM, almenys, els

aspectes següents:

- 1) Denominació, tipus social i domicili de la societat, així com les dades d'identificació del cessionari o dels cessionaris.
- 2) La data a partir de la qual la cessió té efectes comptables d'acord amb el disposa el Pla general de comptabilitat.
- 3) La informació sobre la valoració de l'actiu i el passiu del patrimoni, la designació i, si s'escau, el repartiment precís dels elements de l'actiu i el passiu que s'han de transmetre a cadascun dels cessionaris.
- 4) La contraprestació que han de rebre la societat o els socis. Si la contraprestació s'atribueix als socis, cal especificar-hi el criteri de repartiment.
- 5) Les possibles conseqüències de la cessió global sobre la situació laboral de l'empresa.

Aquest projecte, elaborat pels administradors, s'ha de dipositar en el Registre Mercantil (art. 85.2 de la LMESM). Cal adjuntar al projecte l'informe dels administradors en què s'explique i es justifique amb detall el projecte de cessió global (art. 86 de la LMESM).

3.5.3. Acords de cessió global

La junta de socis de la societat cedent és, amb caràcter general, competent per a l'adopció de l'acord de cessió global de l'actiu i el passiu societaris, i s'hi apliquen els mateixos requisits establerts en l'adopció de l'acord de fusió (art. 87.1 de la LMESM).

Després de l'adopció de l'acord, aquest s'ha de publicar en el BORME i en un diari de més circulació a la província del domicili social, amb expressió de la identitat del cessionari o dels cessionaris. En l'anunci s'ha de fer constar el dret dels socis i creditors a

obtenir el text íntegre de l'acord adoptat, així com el dret d'oposició dels creditors socials.

No obstant això, la llei flexibiliza aquest règim de publicació i permet la comunicació individualitzada per escrit a tots els socis i creditors, per un procediment que n'assegure la recepció en el domicili que conste en la societat. Igualment, el projecte de cessió global i l'informe dels administradors s'ha de posar a disposició dels representants dels treballadors (art. 87.2 de la LMESM).

3.5.4. Escripura i inscripció de la cessió global

L'art. 89 estableix que la cessió global s'ha de fer constar en una escriptura pública atorgada per la societat cedent i pel cessionari o els cessionaris. L'escriptura ha de recollir l'acord de cessió global adoptat per la societat cedent. La inscripció és, a més, constitutiva, ja que l'art. 89.2 de la LMESM estableix expressament que la cessió global només és eficaç des del moment de la inscripció en el Registre Mercantil de la societat cedent. Si la societat s'extingeix com a conseqüència de la cessió, se n'han de cancel·lar els assentaments registrals.

3.5.5. Tutela dels socis i dels creditors

L'art. 88 de la LMESM reconeix als creditors socials la possibilitat d'oposar-se a l'acord de cessió global, de manera que la cessió no es pot fer abans d'un mes, comptat des de la data de publicació de l'últim anunci de l'acord o, en cas de comunicació per escrit a tots els socis i creditors, del lliurament de la comunicació a l'últim d'ells. Dins d'aquest termini, els creditors de la societat cedent i del cessionari o dels cessionaris es poden oposar a la cessió, en les mateixes condicions i amb els mateixos efectes previstos per al cas de fusió.

L'art. 91 de la LMESM és també una norma de tutela dels creditors, perquè estableix la responsabilitat solidària per les obligacions assumides per un cessionari i no complertes.

En aquest sentit, la norma disposa la responsabilitat solidària de la resta de cessionaris, fins al límit de l'actiu net atribuït a cadascun d'ells en la cessió; i, segons els casos, els socis fins al límit del que hagen rebut com a contraprestació per la cessió, o la mateixa societat que no s'ha extingit, per la totalitat de l'obligació. La responsabilitat de socis i cessionaris prescriu als cinc anys (des del moment en què tinga eficàcia la cessió, és a dir, des de la inscripció de la cessió en el Registre Mercantil), però no la de la societat, que no s'ha extingit.

Així mateix, amb remissió expressa al règim de la fusió, l'art. 90 de la LMESM reconeix el dret a impugnar l'acord de cessió global. Si ho recordem, el règim de l'art. 47 previst per a la fusió estableix la impossibilitat d'impugnar una cessió global després d'inscriure-la si s'ha fet d'acord amb les normes de la LMESM, que preserva el dret de socis i tercers a reclamar indemnització pels perjudicis causats.

3.6. Trasl·lat internacional del domicili social

3.6.1. Concepte i classes

La LMESM estableix, juntament amb el règim de les «modificacions estructurals» de les societats mercantils, una sèrie de normes reguladores del trasllat internacional del domicili social. Si bé, en sentit propi, no es pot considerar una modificació estructural. La possible aplicació d'un règim legal societari divers suposa per a la societat i els seus socis una modificació substancial de primer ordre en la seua estructura bàsica, i d'això la seua anàlisi legal conjunta.

El títol V de la LMESM (art. 92 a 103) es dedica al trasllat internacional de domicili social. Les normes esmentades es refereixen bàsicament a dos supòsits de fet:

1) Trasl·lat de domicili social d'una societat mercantil (inscrite) espanyola a l'estranger (art. 92.1 de la LMESM). Tal com afirma l'art. 93 de la LMESM, «1. El trasllat a l'estranger del domicili d'una societat inscrita constituïda de conformitat amb la llei espanyola

només es pot fer si l'estat al territori del qual es trasllada permet el manteniment de la personalitat jurídica de la societat. 2. No poden traslladar el domicili a l'estranger les societats en liquidació ni aquelles que es troben en concurs de creditors».

2) Trasllat de domicili d'una societat estrangera al territori espanyol, sense perjudici en aquest cas de l'aplicació del règim propi de la SAE (art. 458 i ss. de la LSC). Segons disposa l'art. 94.1 de la LMESM, el trasllat del domicili no afecta la personalitat jurídica de la societat, si bé ha de complir amb la legislació espanyola per a la constitució de la societat, llevat que disposen una altra cosa els tractats o convenis internacionals vigents a Espanya. Si es tracta d'un trasllat del domicili social a Espanya des d'un estat que no forme part de l'Espai Econòmic Europeu han de justificar amb un informe d'un expert independent que el seu patrimoni net cobreix la xifra del capital social exigida pel dret espanyol. D'acord amb l'art. 94.2 de la LMESM, «la mateixa regla s'aplica al trasllat a Espanya del domicili de societats constituïdes de conformitat amb la llei d'altres estats, si la seua llei personal ho permet amb manteniment de la personalitat jurídica».

La importància i complexitat d'aquesta modificació substancial obeeix igualment en part a la implicació de dos ordenaments diferents, els dels dos països implicats. Per això, tal com estableix l'art. 92 de la LMESM, es regeixen per les normes de la LMESM els tractats o convenis internacionals vigents a Espanya i, si s'escau, pel règim de la SAE.

3.6.2. Règim jurídic del trasllat

La LMESM s'ocupa, com és obvi, del règim del trasllat només des de la perspectiva de l'aplicació a la societat mercantil espanyola inscrita que trasllada el domicili a l'estranger, en els arts. 95 a 103 de la LMESM.

Els administradors de la societat que pretenga traslladar el domicili han de redactar i subscriure un projecte de trasllat (cf. art. 95.1 de la LMESM), que ha d'incloure una sèrie de mencions mínimes que estableix l'art. 95.2 de la LMESM. Els administradors han de presentar, per a dipositar-lo en el Registre Mercantil del domicili social, un exemplar del

projecte de trasllat. Una vegada fets el dipòsit i la qualificació del registrador s'ha de publicar en el BORME (art. 95.3 de la LMESM). Així mateix, els administradors han d'elaborar un informe en què expliquen i justifiquen detalladament el projecte de trasllat en els seus aspectes jurídics i econòmics, així com les conseqüències per als socis, els creditors i els treballadors (art. 96 de la LMESM).

L'únic òrgan competent per a aprovar l'acord de trasllat és la junta general, que ha d'adoptar l'acord ajustant-se als requisits i les formalitats establerts en el règim de la societat que es trasllada (art. 97 de la LMESM).

Els socis que hagen votat en contra de l'acord de trasllat de domicili social a l'estranger poden separar-se de la societat segons s'estableix per a les societats de responsabilitat limitada (en l'actualitat, art. 348 de la LSC). No es reconeix el dret als socis que no hi hagen votat a favor (perquè s'hagen abstingut, per exemple) ni als accionistes o socis sense vot.

La tutela dels creditors consisteix en el reconeixement d'un dret d'oposició, que poden exercir els creditors el crèdit dels quals haja nascut abans de la data de la publicació del projecte de trasllat del domicili social a l'estranger. L'art. 100 de la LMESM es remet en aquest punt a les normes sobre el dret d'oposició en la fusió (art. 44 de la LMESM).

El trasllat de domicili social a l'estranger, així com la corresponent modificació de l'escriptura social o els estatuts, tenen efecte en la data en què la societat s'haja inscrit en el Registre del nou domicili (art. 102 de la LMESM). Quan s'acredite la inscripció davant el Registre Mercantil de l'antic domicili en el Registre del nou domicili social i els anuncis d'aquesta inscripció en el BORME i en un dels diaris de més circulació a la província en què la societat haja tingut el domicili, es cancel·la la inscripció primitiva (art. 103 de la LMESM).

4. La societat capitalista unipersonal

Amb la finalitat d'harmonitzar el nostre ordenament al contingut de la directiva 89/667/CEE, de 21 de desembre de 1989, la LSRL va incloure un capítol XI (art. 125 a 129) dedicat a l'anàlisi de la societat unipersonal, règim jurídic que resultava igualment d'aplicació a la SA (art. 311 de la LSA). En l'actualitat, una vegada derogades la LSA i la LSRL, el títol I, capítol III de la LSC és el que es dedica al règim de la societat unipersonal.

En la pràctica, els avantatges principals de la figura són la possibilitat de limitar la responsabilitat de l'empresari individual i la seua comoditat per a crear grups de societats (una SA o una SL és titular de totes les accions d'una altra societat).

Així doncs, es parla de societat unipersonal en dos supòsits diferents (art. 12 de la LSC):

- 1) Quan la societat des del seu origen s'ha constituït amb un únic soci (unipersonalitat originària).

- 2) Quan, amb posterioritat, sobrevé la situació d'unipersonalitat pel fet que un soci ha reunit en les seues mans totes les accions o participacions (unipersonalitat sobrevinguda).

El nostre ordenament, d'altra banda, no estableix cap límit per a ser soci únic de societats anònimes o limitades i, a més, incorpora un concepte purament formal de soci únic. D'aquesta manera s'exclou del concepte de societat unipersonal la societat en la qual un soci té en les seues mans la major part de les accions o participacions en què es troba dividit el capital social, i gràcies a testaferros, que posseeixen fraccions simbòliques del capital social, no es pot considerar formalment soci únic. La solució en aquests casos pot ser l'aplicació de la doctrina de l'alçament del vel (aixecament del vel) societari en els supòsits en els quals, com vam veure, resulta d'aplicació aquesta doctrina per la finalitat il·lícita perseguida.

El legislador intenta aconseguir per tots els mitjans al seu abast la publicitat adequada de la situació d'unipersonalitat (art. 13 de la LSC), de manera que s'ha de reflectir

aquesta circumstància en el Registre Mercantil, siga originària o siga sobrevinguda, així com el canvi de soci únic, o la pèrdua d'aquesta situació, perquè s'incorporen més socis a la vida social. La inscripció s'ha de fer necessàriament mitjançant escriptura pública i s'hi ha d'expressar necessàriament la identitat del soci únic. Mentre que la societat continue en situació d'unipersonalitat, ha de constar aquesta dada en tota la documentació de la societat.

Les regles aplicables a la societat unipersonal són les mateixes aplicables a les societats pluripersonals, anònimes o limitades. Només s'estableix algun petit matís en l'aplicació d'aquestes normes i s'hi estableix que el soci únic exerceix les competències de la junta general i les seues decisions s'han de consignar en una acta, i la seua execució i formalització poden ser assumides pel mateix soci o pels administradors de la societat (art. 15 de la LSC).

D'altra banda, la llei obliga a documentar els contractes establerts entre el soci i la societat (en la memòria anual i en un llibre registre *ad hoc*), i d'aquesta manera s'intenta salvaguardar l'interès social davant el propi o particular del soci únic (art. 16.1 de la LSC). La conseqüència de la no-inclusió d'aquests contractes és que no són oposables a la massa del concurs els contractes no transcrits en el llibre registre i no esmentats en la memòria (art. 16.2 de la LSC). El soci únic respon davant la societat dels avantatges que, en perjudici d'aquesta, haja obtingut d'aquests contractes, al llarg del termini de dos anys des de la data en què s'hagen formalitzat (art. 16.3 de la LSC). A més, aquests crèdits tenen la consideració de crèdits subordinats, i tenen lloc després dels ordinaris en cas de concurs de la societat (art. 92.5 i 93.2, 1r de la Llei concursal).

5. La societat limitada nova empresa

La Llei 3/2003, d'1 d'abril, per la qual es regula la societat nova empresa (d'ara endavant, SLNE) com una especialitat de la societat de responsabilitat limitada, introdueix aquesta nova modalitat societària dins del nostre ordenament. En l'exposició

de motius assenyala, com una de les causes per les quals és necessària la necessitat de la llei, la configuració d'un entorn més favorable a la creació d'empreses i, en concret, facilitar la constitució de les PIME, tot simplificant els tràmits administratius, i dotant-les d'una adequada assistència tècnica en els primers anys d'activitat empresarial. En l'actualitat, el règim jurídic de la SLNE s'estableix en el títol XII de la LSC (art. 434 a 454 de la LSC).

El règim d'aquesta societat, prou deficient, s'ha vist completat mitjançant algunes normes reglamentàries, entre les quals podem esmentar el RD 682/2003, de 7 de juny, pel qual es regula el sistema de tramitació telemàtica a què fa referència l'art. 134 d'aquesta llei, i l'Ordre JUS 1445/2003, per la qual s'aproven definitivament els estatuts orientatius de la societat limitada nova empresa.

Algunes notes del règim jurídic inclòs en les normes reguladores de la societat limitada nova empresa:

a) Es tracta d'un règim prou rígid, davant el gran àmbit que es deixa a l'autonomia de la voluntat dels socis en la societat limitada general. Així, el fet de proposar un model d'estatuts coarta encara més l'exercici d'aquesta autonomia de la voluntat a l'hora de determinar el contingut dels estatuts. A això també contribueix el poc de temps de què disposen els notaris i registradors per a autoritzar i qualificar l'escriptura de la societat.

b) La denominació social ha de ser subjectiva, ha d'incloure els cognoms i el nom d'un dels socis, als quals cal afegir un codi alfanumèric i la indicació «societat limitada nova empresa» o SLNE. D'aquesta manera es pot estalviar molt de temps, ja que no és preceptiva la certificació negativa en el Registre Mercantil central.

c) L'objecte social ha de figurar en els estatuts, però pot ser genèric o específic. Així, es pot dedicar a diverses activitats o canviar-les sense necessitat de passar per una modificació estatutària.

- d) Els socis han de ser persones físiques i s'hi fixa un màxim de cinc socis.
- e) La constitució s'efectua mitjançant l'escriptura, que s'ha d'inscriure en el Registre Mercantil. El notari ha de lliurar un còpia autoritzada de l'escriptura en un període màxim de 24 hores i el registrador ha d'inscriure-la dins d'un termini de durada idèntica, sempre que els socis hagen adoptat el model d'estatuts establert reglamentàriament.
- f) Té un capital mínim de 3.012 euros, desemborsat mitjançant aportacions dineràries (no és possible realitzar aportacions *in natura*, almenys fins a la xifra de capital legal mínim). S'hi fixa també un màxim de 120.202 euros per al capital social. Així doncs, aquests subtipus social sembla reservat per a la petita empresa.
- g) La transmissió voluntària de les participacions socials per actes *inter vivos* només es pot fer a favor de persones físiques, i si les adquireix una persona jurídica, ha de vendre-les a favor de persones físiques en el termini de tres mesos, comptats des de l'adquisició.
- h) L'acreditació de la condició de soci s'efectua mitjançant el document públic en el qual conste aquesta adquisició. No cal portar el llibre registre de socis.
- i) La junta general es pot convocar per procediments telemàtics o correu certificat, amb justificant de recepció de la convocatòria.
- j) L'administració es confia a un o més socis, però no és possible la forma de consell d'administració. L'administració social, necessàriament a càrrec dels socis, s'exerceix, llevat de disposició contrària dels estatuts, per temps indefinit i pot ser retribuïda.
- k) La modificació dels estatuts només es pot referir al canvi de denominació, de domicili o del capital social, dins dels límits legals.

l) La comptabilitat es troba molt simplificada, ja que el model es basa en el llibre diari i un registre únic.

Resulta important descriure breument les normes que estableix el RD 682/2003, d'1 de juny, pel qual es regula la constitució d'aquestes societats mitjançant la utilització per part dels promotors d'un sistema de tramitació telemàtica. Aquest reial decret regula l'organització administrativa per a la utilització del sistema. Es parteix del Centre d'Informació i Xarxa de Creació d'Empreses (CIRCE), un sistema d'informació per a tramitar, mitjançant tècniques electròniques, informàtiques i telemàtiques, la constitució de la societat limitada nova empresa. En aquest centre s'agrupen els punts d'assessorament i inici de tramitació (PAIT), oficines que han d'informar i assessorar els promotors, tant en el moment de la constitució com en els primers anys de l'activitat. Són oficines amb les quals l'Administració General de l'Estat, mitjançant el Ministeri d'Economia, formalitza convenis per a l'establiment d'aquestes societats. Poden dependre d'entitats públiques o privades, sense ànim de lucre, de col·legis professionals, d'organitzacions empresarials i cambres de comerç, i, en tot cas, han de prestar els seus serveis gratuïtament.

Es crea també un sistema de tramitació telemàtica (STT), que ha de facilitar la informació dels qui intervenen en el procés i garantir un servei global i unificat.

El reial decret esmentat regula també el document únic electrònic (DUE), que inclou totes les dades relatives a la societat limitada nova empresa (l'art. 2 el defineix com el document en què es «poden incloure totes les dades referents a l'empresa individual que, d'acord amb la legislació aplicable, s'han de remetre a les administracions públiques competents per al compliment de les obligacions en matèria tributària i de seguretat social inherents a l'inici de la seua activitat»). Té com a finalitat: recollir les dades bàsiques que s'han d'emplenar en el moment que comença la tramitació (annex 1 del RD); incorporar en cada fase de tramitació els aspectes necessaris per a la fundació i el funcionament de la societat nova empresa (annex 2 del RD).

Encara que es fomenta el recurs al DUE per part dels fundadors de la SLNE, aquesta no és l'única via de constitució, ja que igualment es poden realitzar pel procediment tradicional. El DUE no substitueix l'escriptura pública ni la inscripció en el Registre Mercantil, només suposa el recurs a les noves tecnologies per a fer la constitució molt àgil.

6. La societat comanditària per accions

La societat comanditària per accions es pot definir com la societat que, en nom col·lectiu i amb responsabilitat limitada per a uns socis (comanditaris) i il·limitada per a uns altres (col·lectius), es dedica a l'explotació d'una activitat mercantil. Posseeix dues classes de socis: col·lectius i comanditaris, i l'art. 1.4 de la LSC disposa que «en la societat comanditària per accions, el capital, que està dividit en accions, s'integra per les aportacions de tots els socis, un dels quals, almenys, respon personalment dels deutes socials com a soci col·lectiu».

La diferència principal que s'aprecia, pel que fa a la societat comanditària simple, rau en el fet que en la comanditària per accions tots els socis (no sols els comanditaris) tenen incorporada la seua participació en el capital a accions, tal com les defineix i regula la LSC.

Ens trobem davant una societat més capitalista que personalista, però escassament utilitzada en la pràctica societària espanyola (es dona en algun supòsit quan apareix una altra societat capitalista com a soci col·lectiu).

D'acord amb l'art. 6.3 de la LSC, la societat comanditària per accions pot utilitzar una raó social, amb el nom de tots els socis col·lectius, d'algun d'ells o d'un de sol, o bé una denominació objectiva, amb la necessària indicació de «societat comanditària per accions» o la seua abreviatura «S. Com. per A.» (vegeu l'art. 401.3 del RRM). L'art. 402 del RRM permet igualment incloure en la raó social una denominació objectiva relativa

a l'activitat econòmica que desenvolupa la societat.

La societat comanditària per accions té el capital dividit en accions integrades per les aportacions dels socis, un dels quals, almenys, ha de ser un soci col·lectiu, d'acord amb el règim previst per a aquest tipus de socis en els art. 127 i 237 del Codi de comerç. Els socis col·lectius responen personalment, solidàriament i il·limitadament dels deutes socials, però de manera subsidiària respecte de la societat. L'absència del soci col·lectiu en aquesta societat implica la dissolució de la societat, llevat que, tal com disposa l'art. 363.3 de la LSC, «en el termini de sis mesos i mitjançant modificació dels estatuts s'incorpore algun soci col·lectiu o s'acorde la transformació de la societat en un altre tipus social». A més de les causes generals de dissolució de l'art. 363.1, la LSC n'estableix altres: cessament, incapacitat o obertura de la fase de liquidació en el concurs de creditors de tots els socis col·lectius.

La quantia mínima del capital social és coincident amb la de la societat anònima, sense que es preveja un límit màxim en la seua regulació.

La denominació de la societat comanditària per accions pot ser subjectiva (raó social) o objectiva, segons disposa l'art. 6.3 de la LSC. La raó social s'integra amb el nom de tots els socis col·lectius, d'algun d'ells o d'un de sol, i cal indicar a continuació (igual que per al supòsit d'adoptar una denominació objectiva) «Societat Comanditària per Accions» o la seua abreviatura «S. Com. per A.». No s'hi pot incloure el nom dels socis comanditaris, i, en cas contrari, s'incorre en el supòsit de fet de l'art. 147 del Codi de comerç (norma prevista per a les societats comanditàries simples).

Les decisions en el si de la societat són adoptades pels socis, reunits en junta general, independentment de la seua naturalesa, siguen comanditaris o col·lectius. El règim de la junta general s'ajusta essencialment a la regulació que s'estableix per a les societats de capital en la LSC (art. 159 i ss. de la LSC).

Els acords s'adopten en junta general, i per a algunes modificacions estatutàries també

és necessari el consentiment exprés dels socis col·lectius. En aquest sentit, l'art. 294 de la LSC, sobre la tutela individual dels socis col·lectius en la societat comanditària per accions, disposa que «quan la modificació dels estatuts de la societat comanditària per accions tinga per objecte el nomenament d'administradors, la modificació del règim d'administració, el canvi d'objecte social o la continuació de la societat més enllà del termini previst en els estatuts l'acord. És necessari que l'haja acordat la junta general, amb els requisits que estableix aquesta llei i també amb el consentiment de tots els socis col·lectius».

En la seua constitució i en la integració del contingut dels estatuts, la societat comanditària per accions s'ajusta al que estableix la LCS, tot respectant sempre el que disposa l'art. 213 del RRM. En la inscripció ha de constar el nom dels socis col·lectius, encarregats de la gestió de la societat, la identificació de la qual ha de figurar també en els estatuts socials; qualsevol cessament o nomenament obliga a modificar els estatuts.

Com ja hem assenyalat, l'administració correspon als socis col·lectius (art. 252 de la LSC), que s'assemblen als administradors de la societat anònima quant a les facultats, els drets i els deures. Els estatuts han de fixar l'organització i les normes de funcionament de l'òrgan d'administració, tenint en compte una sèrie de límits determinats per la pròpia naturalesa d'aquest tipus social. En tot cas, l'administrador ha d'assumir la condició de soci col·lectiu des del moment en què accepte el nomenament (art. 252, al final de la LSC).

Així, en primer lloc, el soci nomenat administrador passa a posseir la condició de soci col·lectiu, situació que dura mentre conserve la qualitat d'administrador. D'aquesta manera, una vegada cessat com a administrador, cessa la seua responsabilitat il·limitada en relació amb els deutes socials que es contrauen amb posterioritat a la publicació de la seua inscripció en el Registre Mercantil (art. 252.3 de la LSC).

La modificació de la forma d'organització de l'administració social, així com el nomenament d'administradors requereixen, entre altres supòsits de modificació

estatutària, el consentiment exprés de la resta d'administradors (que són socis col·lectius), que han de manifestar de manera individual.

En aquest sentit, l'art. 294 de la LSC disposa que en la societat comanditària per accions, si la modificació té per objecte el nomenament d'administradors, la modificació del règim d'administració, el canvi d'objecte social o la continuació de la societat més enllà del termini previst en els estatuts, cal que la junta general prengui l'acord, amb els requisits de la LSC i amb el consentiment de tots els socis col·lectius.

Igualment, la separació de l'administrador requereix la modificació dels estatuts, i si no té una causa justa, el soci té dret a ser indemnitzat per danys i perjudicis (art. 252.2 de la LSC). Finalment, el soci afectat no pot participar en l'adopció de l'acord de separació (art. 252.4 de la LSC).

La societat comanditària per accions s'ha de dissoldre, a més de per les causes generals que estableixen els art. 360 i 363.1 de la LSC, per defunció, cessament, incapacitat o obertura de la fase de liquidació en el concurs de creditors de tots els socis col·lectius, llevat que en el termini de sis mesos i mitjançant modificació dels estatuts s'incorpore algun soci col·lectiu o s'acorde la transformació de la societat en un altre tipus social (art. 363.3 de la LSC).

7. La societat anònima europea (SAE)

7.1. Regulació de la SAE

Actualment la societat anònima europea (SAE) es troba regulada en l'àmbit comunitari pel Reglament (CE) núm. 2157/2001, del Consell, de 8 d'octubre de 2001, pel qual s'aprova l'estatut de la societat anònima europea (SAE) i en la Directiva 2001/86 del Consell, de 8 d'octubre de 2001, per la qual es completa l'Estatut de la societat anònima europea pel que fa a la implicació dels treballadors.

El legislador estatal va dictar la Llei 19/2005, de 14 de novembre, sobre la societat anònima europea domiciliada a Espanya, que va introduir un nou capítol, el XII, sobre la societat anònima europea, en la LSA, a més de modificar alguns preceptes de la LSA. Actualment el règim de la SAE es troba en el títol XIII de la LSC (art. 455 a 494).

L'objectiu principal de la SAE és oferir a les empreses que tenen un àmbit d'actuació (real o potencial) que abraça diferents estats membres la possibilitat d'intervenir en processos de cooperació i concentració empresarial. Disposa d'un marc jurídic comunitari, i aquest àmbit supranacional regeix després la seua organització i el seu funcionament.

En segon lloc, a més d'oferir a les empreses aquesta possibilitat, que s'afegeix als instruments que hi ha en els ordenaments nacionals i als que planteja el dret internacional privat, la creació de la ES pretén solucionar la qüestió de la implicació dels treballadors. En aquest punt, el legislador ha dictat la Llei 31/2006, de 18 d'octubre, sobre implicació dels treballadors.

En els primers treballs preparatoris, es va considerar que la SAE havia de ser una societat exclusivament regida per les normes comunitàries, i s'hi establia un model rígid de regulació. D'aquesta manera, les normes nacionals de cada estat membre es podien aplicar exclusivament en aquelles qüestions no regulades en l'estatut de la SAE i que es referiren a aquesta com un subjecte que actua en el mercat (competència, concurs, propietat industrial).

Finalment, la concepció que hi va prevaler va ser considerar la SAE com una forma d'empresa sotmesa al dret comunitari directament aplicable al conjunt de la UE; però integrat dins del dret intern de l'estat membre on es trobe el domicili.

D'aquesta manera, les fonts normatives de la figura les trobem no sols en l'ordenament comunitari, sinó també en els estatals i, doncs, hi ha normes en països diversos.

El sistema de fonts de la ES no resulta sempre fàcil, pel complex sistema de remissions que té el Reglament. En concret, l'art. 9 estableix expressament que es regeixen:

a) Pel que disposa el reglament mateix.

b) Quan aquest ho permeta expressament, per les disposicions dels estatuts de la SAE.

c) Pel que fa a les matèries no regulades totalment o parcialment pel reglament: per les disposicions estatals adoptades en aplicació de mesures comunitàries relatives a les ES; per les disposicions aplicables a les societats anònimes; per les disposicions dels estatuts, d'acord amb les normes aplicables a les societats anònimes del país en qüestió.

Aquest sistema s'ha descrit com la «creació d'una marca comunitària» (SAE) amb diversos «models de caràcter nacional» (segons la normativa estatal aplicable) (en aquest sentit, vegeu Esteban Velasco).

7.2. Trets característics de la SAE

Les característiques principals de la SAE són, d'acord amb la regulació comunitària, les següents:

1. Es tracta d'un tipus de societat facultatiu o opcional i que, per tant, suposa afegir-ne un altre a les societats anònimes que es poden constituir en cada estat membre.

2. El legislador comunitari ha triat el tipus societari propi de la societat anònima. Les raons d'aquesta elecció són: es tracta del tipus societari més harmonitzat, en el qual la societat anònima té per regla general una estructura de finançament i una estructura d'organització, de gestió, que fa que s'adapte millor a les necessitats de les empreses que poden desenvolupar les seues activitats en l'àmbit de la Unió Europea, i acomodar-se perfectament a grans empreses que s'han originat per processos d'integració empresarial i que normalment acudeixen al mercat de valors per finançar-se. L'elecció

del tipus, segons han manifestat ja alguns autors, no es troba exempta de crítiques, tenint en compte la tradicionalment reconeguda polivalència funcional del tipus de l'anònima en els ordenaments de tradició llatina, ja que aquesta forma jurídica d'empresa poden adoptar-la tant grans empreses que acudeixen als mercats de valors com empreses de dimensions més petites i que, per la seua estructura financera i organitzativa, s'assemblen més al tipus limitada.

3. El Reglament estableix un capital mínim de 120.000 euros, amb una remissió respecte del desemborsament de les accions a les legislacions del domicili social de la SAE. En aquest punt, la funció que pot tenir la xifra mínima de capital, que és que no puguin ser SAE les empreses de dimensions petites, pensem que no es compleix, i per això és criticable l'exclusió de la societat limitada en determinats procediments de constitució.

4. El capital es troba dividit en accions.

5. La responsabilitat dels socis és limitada.

6. La SAE té personalitat jurídica pròpia, que s'adquireix des de la inscripció en el registre públic designat per la legislació nacional.

7. Disposa d'una estructura corporativa.

7.3. Formes de constituir una SAE

La normativa comunitària exigeix, per a poder constituir una SAE, que es tracte d'empreses amb implantació en la UE. D'aquesta manera es pretén impedir l'aplicació de normes nacionals més rígides. Aquesta exigència es reflecteix en les modalitats de constitució que recull el Reglament:

A. Fusió de societats.

B. Creació d'un grup de societats de les quals és matriu la SAE (SAE holding).

C. Creació d'una SAE filial comuna a diverses societats.

D. Transformació d'una societat anònima existent en la SAE.

7.4. Òrgans de la societat

Una de les especialitats de la SAE és que, a més de la junta general, l'administració social es pot organitzar mitjançant el sistema dual (art. 478 a 491 de la LSC), format per un òrgan de control (comissió de vigilància) i un altre de direcció (consell d'administració), o bé mitjançant el sistema monista (art. 477 de la LSC), que es caracteritza per tenir un òrgan únic (sistema tradicional en el nostre dret societari).

Aquesta opció la reconeix igualment la LSC per a les SAE domiciliades a Espanya. En cas d'optar pel sistema monista s'aplica la LSC en tot allò que no s'opose al Reglament regulador de la SAE i a la Llei d'implicació dels treballadors. En el segon cas, hi ha una direcció i un consell de control, i s'aplica a la direcció el règim de l'òrgan d'administració de la LSC.

A Espanya es poden constituir SAE des del 20 d'octubre de 2006, data d'entrada en vigor de la Llei d'implicació dels treballadors. No obstant això, els sectors empresarials espanyols, que es mostren poc inclinats a aquesta implicació, probablement continuen preferint la constitució de grups de societats i les fusions transfrontereres com a via de col·laboració i integració empresarial.

8. Els grups de societats

La creació de grups de societats és una realitat actual de gran interès, ja que el que podia suposar l'excepció s'ha convertit en la norma quasi general. És difícil que trobem en l'actualitat societats que adopten les seues decisions de manera totalment

autònoma, sinó que amb freqüència formen part d'entitats més complexes, de les quals depenen per a l'adopció de decisions. La participació en el grup de societats no comporta la pèrdua de personalitat jurídica de les societats, que conserven la seua independència jurídica, però actuen en el mercat amb la lògica d'una sola empresa (Embid Irujo).

Són els trets fonamentals dels grups de societats:

- 1) La relació de dependència, directa o indirecta, d'una o diverses societats respecte de l'altra.
- 2) L'exercici d'una direcció econòmica unitària o centralitzada (que no es dona, tanmateix, en grups d'estructura paritària, com els cooperatius).

Són mecanismes de creació del grup els següents:

- 1) Col·laboració i subordinació. Si hi predomina la subordinació, les societats es troben sotmeses a una direcció única de la societat que es considera dominant respecte de la resta (dependents o filials). Es basen en una relació jeràrquica centralitzada de dependència. No fa falta en aquest cas tenir el cent per cent de l'accionariat d'una altra societat (supòsit de màxima dependència), ja que el percentatge que la dominant ha de tenir per a poder controlar-la depèn de la composició accionarial i de l'estructura del capital de la societat filial. Si, per contra, hi predomina la col·laboració o coordinació, la dependència entre les societats sorgeix dels pactes i acords estipulats *ad hoc*. No obstant això, bona part de la nostra millor doctrina (Embid Irujo), considera que no es tracta de veritables grups, ja que la dependència i la direcció unitària es troben fortament afeblides, i que ens trobem davant de formes contractuals de col·laboració interempresarial, dirigides pel principi d'igualtat, que poden presentar-se amb òrgan central de direcció i vigilància o sense aquest òrgan, com per exemple, càrtels de compres o de distribució o acords d'aliança d'empreses (*joint venture*).

2) Accionarial, contractual o personal. El vincle accionarial és el de propietat, real, que suposa que les societats participen unes en el capital de les altres. És el sistema més comú, i pot ser originari (des de la constitució) o sobrevingut (per compra posterior). A més, l'estructura pot ser radial (amb una sola societat dominant); piramidal o en cascada, de manera que van participant escalonadament en el capital de l'altra, i així la participació de la dominant en el capital de les filials és, la seua major part, indirecta; o d'estructura circular (amb participacions recíproques).

El vincle contractual suposa que és un contracte el mitjà de dominació, i l'element de cohesió del grup de societats. Solen ser contractes que poden servir de vehicle per a articular la direcció unitària (arrendament d'empresa, transferència de tecnologia, llicència de marca o patent). Finalment, el mecanisme del grup pot ser personal quan coincideixen els administradors de la societat dominant amb els de les societats controlades. És aquesta la forma de dependència més eficaç i prové, ben sovint, de les relacions accionaries o reals entre les societats integrants del grup.

3) Els grups es poden classificar segons el seu objecte: grups horitzontals, els que afecten societats que solen fer les mateixes activitats econòmiques; grups verticals (uneixen societats que desenvolupen la seua activitat en diferents fases del procés d'elaboració d'un bé productiu o prestació d'un servei: fabricació, distribució, venda, per exemple). Des d'un altre punt de vista, els grups es poden dedicar a activitats industrials, agrícoles, comercials o financeres, tot dependent de l'activitat de la dominant del grup.

El cas més desenvolupat de grup es presenta quan la societat dominant, en el seu centre o cúpula, és un holding que té el seu patrimoni representat per les participacions de les societats filials, i de vegades també en les filials de les pròpies filials, les decisions de les quals controla, de manera que el seu objecte social resideix en l'administració i la possessió de participacions socials.

El nostre ordenament no conté un concepte unitari de grup de societats, sinó que,

segons la matèria davant la qual ens trobem (defensa de la competència, compra de valors, dret societari, ordenament laboral, etc.), el concepte de grup és diferent. La manca d'una regulació global del fenomen, si bé és un tret comú a quasi tots els ordenaments del nostre entorn, comporta nombrosos problemes. El primer d'aquests problemes és el que afecta els socis minoritaris o externs, els que són aliens al grup.

Actualment, el capítol IV del títol I de la LSC, integrat únicament per un precepte, el 18, disposa que «als efectes d'aquesta llei, es considera que existeix un grup de societats quan concórrega algun dels casos que estableix l'article 42 del Codi de comerç, i és societat dominant la que tinga o pugui tenir, directament o indirectament, el control d'una altra o d'unes altres».

Tenint en compte que el nostre ordenament no estableix una regulació substantiva dels grups de societats, s'han d'aplicar els principis del dret societari, de manera que:

1) L'existència del grup, la seua estructura i la naturalesa de les vinculacions han de ser objecte de publicitat (encara que el grup no s'ha d'inscriure en el Registre Mercantil, ja que no té com a tal personalitat jurídica, es pot tenir un reflex registral d'aquesta realitat mitjançant els comptes consolidats).

2) L'existència del grup s'ha de poder conèixer per la comptabilitat global del grup: s'han de fer comptes i balanços consolidats.

3) S'han de tutelar de manera adequada els accionistes minoritaris de la societat dominant, que es poden veure afectats per decisions, com per exemple, fer responsable la societat dominant per deutes de les filials.

4) Una protecció adequada per als accionistes externs o minoritaris de les societats filials, ja que els seus interessos poden estar en conflicte amb els de la societat dominant o del grup, si bé en aquest punt no s'ha d'oblidar que s'admet el concepte d'interès del grup, que pot legitimar fins i tot una actuació dels administradors de la

filial contrària a l'interès de la filial però favorable al grup en conjunt.

5) La possibilitat que els creditors de les societats filials que resulten descapitalitzades per la societat dominant, si no poden cobrar els seus crèdits, puguin adreçar-se a la societat dominant.

6) La tutela dels treballadors, no tan sols com a creditors, sinó també com a treballadors del grup.

7) Protecció fiscal, per a evitar que, mitjançant el recurs al grup de societats, es defraude la hisenda pública. Així, cal considerar el grup com a subjecte passiu obligat a tributar, que hi actua com a representant de la resta de societats del grup.

Del que hem indicat fins ara es desprèn que el grup actua internament com una unitat, i també externament, de manera que el tercer que contracte amb una societat del grup acaba contractant formalment amb una societat autònoma, però en realitat actua en interès del grup. A més, ben sovint, el patrimoni d'una societat queda condicionat de tal manera pel de la societat dominant o del grup, que pot quedar buit de contingut davant tercers quan aquests exercisquen les seues garanties patrimonials contra aquesta. Per a aconseguir en determinats supòsits la comunicació de responsabilitat de les societats integrants d'un grup (que no pot ser objecte de generalització automàtica a tots els grups societaris), es poden aplicar doctrines excepcionals, com la de l'alçament del vel societari, per a evitar resultats injusts que s'empare en l'existència de societats formalment independents.