

TEMA 1: LAS SOCIEDADES PERSONALISTAS.

I.- LA SOCIEDAD COLECTIVA: CONCEPTO, CARACTERES Y FUNCIÓN ECONÓMICA.-

Las sociedades mercantiles pueden ser de dos tipos:

- Personalistas: pueden ser a su vez colectivas o comanditarias.
- Capitalistas: son las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada.

Las sociedades colectivas vienen reguladas en los artículos 125 y siguientes del C.Co.

Es la sociedad más antigua. Nace de las antiguas comunidades familiares, y es la más representativa de las sociedades personalistas: se constituyen por la condición personal de sus socios, y en caso de crisis, tendría lugar la disolución de la sociedad. Es una sociedad personalista y de responsabilidad ilimitada, por lo que no es la forma más aconsejable de desarrollar el comercio.

Concepto: es la sociedad en la que sus socios, en nombre colectivo y bajo una misma razón social, se comprometen a participar de los mismos derechos y obligaciones en la proporción que establezcan. Responden personal, subsidiaria y solidariamente con sus bienes por las operaciones mercantiles que realizan. Por tanto, caben destacar 5 notas:

- Actúa en nombre colectivo, bajo una misma razón social. Las compañías mercantiles se regirán por las cláusulas y condiciones de sus contratos, y por el C.Co.
- Es una sociedad de trabajo: salvo que la estructura social establezca diferencias, todos los socios participan en un plano de igualdad y participan activamente en dicha sociedad. Todos los socios son gestores, a menos que renuncien a este derecho. No es una sociedad de capital: los socios pueden aportar dinero, pero siempre deben aportar su propio trabajo.
- A todos los socios les corresponde por igual los derechos y obligaciones de gestión. Art. 140 C.Co.: si en el contrato de compañía no se ha establecido lo que corresponde a cada socio en las ganancias, se dividirán éstas a prorrata de la porción de interés que cada uno tenga en la compañía, figurando los socios industriales en la distribución en la clase del socio capitalista de menos participación. Las pérdidas se dividen también entre los socios en la misma proporción, pero no soportan las pérdidas los socios industriales, salvo pacto expreso (art. 141 C.Co.).
- Es una sociedad con autonomía patrimonial: tiene patrimonio propio, pero también responden de las deudas sociales los socios en su caso, cuando no quedare patrimonio social.
- Es una sociedad personalista, por lo que no se transmite la cualidad de socio sin consentimiento de los demás socios. Art. 143 C.Co.: ningún socio puede transmitir a otra persona el interés que tenga en la sociedad, ni sustituirla para que desempeñe los oficios que le correspondieren en la administración social, salvo consentimiento de los socios.
- Es una sociedad de responsabilidad ilimitada.
- Requisitos legales:
 - Otorgamiento de escritura pública (art. 125 C.Co.: contenido de la escritura pública: nombre, apellido y domicilio de los socios; razón social; nombre, apellido y domicilio de los socios que gestionan la sociedad y que tienen autorización para usar la firma social; la aportación de cada socio; duración de la sociedad; cantidades que se asignan a los gestores para sus gastos particulares anuales; pactos y condiciones lícitos establecidos por los socios).
 - Inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil.

OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LOS SOCIOS.-

Las **obligaciones** se dividen en:

- Positivas:

– Aportar capital y sufragar pérdidas: Art. 116 C.Co.: en el contrato de compañía, 2 o más personas se obligan a poner en común bienes o industria para obtener un lucro. La aportación puede ser dineraria o no dineraria, y ha de hacerse en el plazo fijado por los socios, o inmediatamente si no existe plazo fijado. Si dentro del plazo fijado no se realiza la aportación, la sociedad puede proceder ejecutivamente contra los bienes del socio moroso para hacer efectiva la porción del mismo, o rescindir el contrato. En el caso de que no hubiera plazo, el socio moroso deberá aportar a la sociedad la masa común, más los intereses de demora, y el importe de los daños y perjuicios ocasionados por la demora. En las aportaciones **dinerarias**, si existe mora en la aportación, la consecuencia es la obligación de restituir el importe, el interés legal, y la exclusión del socio moroso de la sociedad. Si la aportación **no es dineraria**, se plantea el problema de su valoración, que se hará conforme a las normas de la sociedad, y en su defecto, nombrando a 2 ó 3 peritos para que dictaminen (art. 172). No pueden exigirse aportaciones complementarias sino en caso de necesidad de sufragar pérdidas.

- Negativas:

- No hacer competencia a la sociedad: existe un deber de fidelidad a los socios que afecta al socio capitalista (el que aporta el dinero) y al industrial (el que aporta trabajo). Lo que los socios hagan con su dinero y en su nombre no afecta a la sociedad, pero si usa bienes o fondos sociales o usa la razón social, rompe un deber de fidelidad, por lo que deberá restituir los bienes e indemnizar por los daños y perjuicios causados (art. 134 y 135 C.Co.). La prohibición de hacer competencia afecta al mercado relevante, es decir, tiene que existir competencia. En el caso del socio capitalista, si en la sociedad no existe un género de comercio definido, la prohibición de competencia afecta a toda actividad (art. 136: la sociedad tiene que probar un perjuicio efectivo y manifiesto); si por el contrario sí tiene un género de comercio definido, sólo afecta la prohibición a ese objeto social (art. 137). En el caso del socio industrial, no puede trabajar en nada que no sea en la propia sociedad en la que está, salvo que la sociedad expresamente lo autorice. Si se viola el deber de no hacer competencia a la sociedad para la que se trabaja, las consecuencias son: se priva al socio de los beneficios y se le imputan las pérdidas, se le excluye de la sociedad, y tiene que responder por daños y perjuicio. Así mismo se le rescinde parcialmente el contrato de compañía mercantil en virtud del art. 218. 5 C. Co. Este deber subsiste incluso cuando la sociedad está en período de liquidación.
- No distraer bienes de la sociedad: La sociedad puede asignar a algunos socios cantidades para gastos particulares, pero requiere una cláusula contractual, y generalmente se entiende como un reparto anticipado de beneficios. Si algún socio no cumple esta obligación, podrá ser compelido a reintegrar la cantidad. Si distrae fondos, no participará en los beneficios de la sociedad, y se le podrá rescindir el contrato, tendiendo que devolver la cantidad distraída más los intereses y los daños y perjuicios (art. 135 y 139 C.Co.).

Los **derechos** de los socios son:

- Participación en las ganancias y las pérdidas. Beneficio es el derecho a la cuota de liquidación, y capital es la aportación. La distribución de las ganancias obedece a los siguientes criterios:
- Principio de libertad: existe un obstáculo a este principio: el *pacto leonino* (art. 1691 C.c.): es nulo el pacto que excluya a uno o más socios de participar en las ganancias o en las pérdidas. Da igual que la participación sea directa o indirecta. Esta exclusión puede ceder ante razones suficientes. El socio industrial no participa de las pérdidas. No hay pacto leonino si se excluye a todos los socios. Se produciría una nulidad del pacto, pero no del contrato social entero.

- Régimen legal: primero se distribuiría a prorrata de la aportación que hace el socio a la sociedad, y después, respecto al socio industrial, hay que tener en cuenta que éste tiene menor participación puesto que no participa en las pérdidas.
- Derecho de administrar y representar a la sociedad: en la **ADMINISTRACIÓN**, lo más importante es la posibilidad de participación de todos los socios en la gestión social (porque en la escritura se puede pactar otro régimen), lo cual ha de constar en la escritura pública de constitución de la sociedad.

En cuanto a la gestión, caben 2 supuestos:

- Que en la escritura pública no se limite la administración de la sociedad a alguno de los socios: todos pueden dirigir y manejar la gestión en este caso. Si se presenta un negocio, pueden votar todos los socios presentes, pero esta facultad tiene un límite: contra la voluntad de un único socio administrador no se puede contraer la obligación, por tanto se generan consecuencias internas porque le pedirán cuentas al que se contravino (art. 130 C.Co.).
- Que en la escritura pública se limite la administración de la sociedad a alguno de los socios: cuando existen socios designados para administrar, ninguno otro puede entorpecer la actuación (art. 131 C.Co.).

Designación y revocación de los administradores:

- Si en los estatutos hay pacto expreso de administración privativa: cuando el nombramiento de administrador se hace como condición expresa en contrato social, no se puede revocar o privar a esa persona, pero los otros socios pueden nombrar un coadministrador que interviene en sus operaciones. También cabe la rescisión judicial del contrato (si el administrador lo hace mal, art. 132).
- Si no existe tal pacto, la administración corresponde a todos los socios (art. 129) o puede acordarse que la lleven unos cuantos (art. 131, 132: para destituirle de su cargo, puede hacerse en cualquier momento). Cuando corresponde a todos, éstos no pueden ser separados de la administración sin consentimiento del propio socio o por sentencia judicial firme.
- La administración puede conferirse a una persona no socia cuando lo admita la escritura pública o mediante delegación con el consentimiento de los demás socios, pero la doctrina pone ésto en entredicho porque el art. 143 C.Co. dice que no se puede transmitir el interés de un socio en la sociedad, ni puede sustituirla por otra persona para que desempeñe sus funciones dentro de la sociedad como administrador.

La actuación de los administradores puede ser conjunta o separada, lo cual debe estar resuelto ya en la escritura de la sociedad. Si en la escritura no se dijera nada, regiría el principio de administración conjunta. Si la administración de la sociedad no se hubiera atribuido a nadie en concreto en la escritura, todos los socios tendrán la dirección y manejo de los negocios comunes (art. 129 C.Co.). Si un socio administrador se opone a la contracción de una obligación, no deberá llevarse ésta a cabo; pero, si aun así se realizase, no sería un contrato nulo, sino que surtiría efectos, pudiendo los demás socios pedir responsabilidades a quien contrajo dicha obligación por los perjuicios ocasionados (art. 130 C.Co.). La relación jurídica entre el administrador y su sociedad es orgánica: el administrador debe desempeñar su función como un ordenado empresario, y su responsabilidad no deriva de la simple culpa, sino de malicia, abuso de facultades o negligencia grave, por lo que se le podrá exigir una indemnización por daños y perjuicios si existen.

En la **REPRESENTACIÓN** de la sociedad, es consecuencia de que sea una sociedad personalista:

- La identificación de la sociedad: nacionalidad, domiciliación y nombre (ver curso pasado).
- Los órganos de la sociedad, es decir, administración y representación.
- La responsabilidad por las deudas sociales.

La representación no es lo mismo que la administración. El C. Co. dice que:

- En virtud de la representación, se imputan a la sociedad derechos y obligaciones frente a terceros.
 - Esta representación es orgánica.
 - Salvo previsión contraria en el contrato, el socio administrador está autorizado para el uso de la firma social. Pero puede separarse la administración de la representación: sólo algunos serán administradores u otras condiciones, pero no pueden ser representantes sin ser también administradores.
 - El modelo legal de representación es igual que el de administración.
 - También pueden ser terceros los representantes (la doctrina lo discute).
 - El ámbito de poder de la representación se limita al objeto social, pero dentro del objeto social, el poder es ilimitado.
 - Esta representación incluye la representación procesal.
 - Es necesaria la *contemplatio domini*, es decir, que se actúe expresamente (*contemplatio domini* expresa) en nombre de la sociedad (art. 127 C.Co.) o al menos que el tercero tenga conciencia de ello, es decir *contemplatio domini* tácita.
- Derecho a votar.
 - Derecho de información: art. 133 y 173 C.Co. Todos los socios, administradores o no, tienen derecho a examinar el estado de la administración y de la contabilidad de la sociedad, pudiendo hacer reclamaciones, y los gestores o administradores no podrán negarse a ello.

RESPONSABILIDAD POR LAS DEUDAS SOCIALES.-

Art. 127 y 237 C.Co.

Las deudas sociales son las derivadas de actos del objeto social. Deben ser llevadas a cabo en nombre y por cuenta de la sociedad, es decir por *contemplatio domini* tácita o expresa (contraídas por su representante).

Responden de las deudas sociales:

- La sociedad con su patrimonio.
- Todos los socios tanto capitalistas como industriales (los industriales no participan de las pérdidas, pero es que no se consideran como tales las deudas sociales, sino que se computan como pérdidas una vez realizada la liquidación), que responderán personal, ilimitada (la deuda tendría naturaleza de deuda ajena, social subsidiaria), y solidariamente entre sus socios y cara a terceros (art. 1145 C.c.). No cabe la exclusión de responsabilidad de las deudas sociales por parte de ningún socio; si quieren reducir su responsabilidad, tendrán que acudir a otros tipos sociales como la S.L. y la sociedad comanditaria.

MODIFICACIONES SOCIALES.-

Según la doctrina general de obligaciones y contratos, el contrato social actúa como Ley entre las partes, y puede modificarse también por acuerdo entre las partes. Como es un contrato plurilateral, es necesaria la unanimidad de sus socios en las sociedades personalistas (colectivas), mientras que en las capitalistas bastaría la mayoría. Si los socios deciden votar por mayoría, es válido el pacto entre socios colectivos que permitan la modificación por mayoría (art. 121 C.Co.)

Supuestos:

- Entrada de nuevos socios en la sociedad: es necesaria la unanimidad salvo que los socios decidan pactar por mayoría. Consiste en que entra un socio más mediante un contrato entre los socios existentes (en las

sociedades capitalistas, basta que se produzca un aumento de capital con suscripción de las acciones por un tercero que entra en la sociedad. No es necesaria la unanimidad).

- Salida de un socio de la sociedad, bien mediante exclusión, bien mediante separación: aquí no hay transmisión de la condición de socio (porque está prohibido). Al socio se le liquida su parte en la sociedad y sale de la misma, pero su condición no se transmite a nadie.
- Transmisión de la condición de socio: (salvo consentimiento de los socios, está prohibido transmitir la condición de socio a otra persona: art. 143 C.Co.). El adquirente de tal condición entra en la posición jurídica que tuviera el transmitente. Entra un socio nuevo y sale de baja otro. Para poder hacerlo, debe estar prevista en la escritura esta posibilidad, y además generalmente se prevé para un grupo reducido de personas. Ej. Sociedad familiar colectiva: sale uno y entra otro. En cuanto a los efectos de la transmisión, en la esfera interna de la sociedad, se transmite la condición de socio, pero no los derechos y obligaciones personales del socio; en la esfera externa, hay que determinar la responsabilidad del transmitente (art. 219 y 220 C.Co.: en caso de rescisión parcial del contrato de sociedad respecto al socio culpable, éste quedará excluido de la sociedad, exigiéndosele las pérdidas, sin obtener ganancias, y pudiendo retener la sociedad los fondos de la masa común que pudieran corresponderle mientras no se efectúe la liquidación; su responsabilidad se mantendrá mientras no conste en el Registro Mercantil la rescisión parcial), y del adquirente (rige el principio general del art. 127 C.Co.: se entra en la sociedad siendo adquirente, y se es responsable de todas las deudas: esto da seguridad jurídica) por las obligaciones que existan en el momento de la transmisión.

La modificación social que implica la salida de socios también se llama disolución parcial del contrato de sociedad, que se resume en que hay determinadas circunstancias que afectan a los socios y que no tienen por qué implicar una disolución total de la sociedad, sino que pueden encontrar una solución mediante la baja del socio en la sociedad, que recibirá su parte del patrimonio social. Art. 218 y 220 C.Co.: causas de rescisión parcial (regula la exclusión del socio). Art. 225 C.Co.: regula la figura de la separación del socio de la sociedad.

Existen supuestos de disolución parcial que se pueden prever en el contrato social:

- **EXCLUSIÓN DEL SOCIO**: se concibe como una resolución del contrato respecto a uno o varios de sus socios por incumplimiento grave de sus obligaciones (art. 218. 7 C.Co.) desde el punto de vista del fin social.

El C.Co. establece además otras causas de disolución parcial, un procedimiento, y unos efectos. Son 6 causas de exclusión, junto con la causa general del art. 218. 7 C.Co, las causas que puedan fijarse en el contrato social, y un supuesto especial del administrador privativo que usa mal su facultad de administrar y causa un perjuicio en el patrimonio social.

El **procedimiento** para la disolución parcial del contrato social puede ser de dos tipos:

- Extrajudicial: por acuerdo unánime de los socios. La decisión ha de notificarse al socio excluido, que puede oponerse judicialmente.
- Judicial: se da cuando los socios no se ponen de acuerdo entre sí a la hora de disolver el contrato respecto de algún socio de la sociedad.

La exclusión ha de inscribirse en el Registro Mercantil, y es a partir de ese momento cuando cesa la responsabilidad por deudas sociales.

Los **efectos** de la disolución parcial son:

- Ineficacia del contrato social con respecto al socio culpable.
- El socio excluido tiene derecho a la entrega, en su caso, de su parte correspondiente en el patrimonio

social.

- La sociedad tiene derecho a retener los fondos que el socio tuviera en el patrimonio social hasta la liquidación de las operaciones pendientes, es decir hasta que no hayan sido ejecutadas las obligaciones total o parcialmente.
- La sociedad también tiene derecho a resarcirse por los daños y perjuicios sufridos.
- La exclusión del socio no libera de la responsabilidad por las obligaciones sociales contraídas hasta que no se efectúe la inscripción y su publicación.

B) **SEPARACIÓN**: es la facultad del socio de poner fin a su relación con la sociedad sin que ello afecte a la misma. Tienen derecho a separarse libremente cuando se hayan constituido por tiempo indefinido, o cuando se dé alguna causa establecida en el contrato (si el contrato es por tiempo definido, deberá esperar a que transcurra el plazo para poder separarse de la sociedad). El socio separado tiene derecho a la participación en el patrimonio social, pero para ello tiene que esperar a que terminen de ejecutarse las obligaciones pendientes. No libera de responsabilidad al socio hasta que no se publique en el Registro Mercantil esta situación.

DISOLUCIÓN TOTAL DE LA SOCIEDAD.-

La disolución lleva a la extinción de la sociedad en sus 2 esferas: la externa (obligaciones frente a terceros) y la interna (extingue la personalidad jurídica de la sociedad).

Esta extinción no se produce instantáneamente, sino que obedece a un proceso en el que hay 3 momentos:

- **DISOLUCIÓN**: consiste en fijar el final del período activo de la sociedad (período de explotación) y fijar el comienzo del período de liquidación dirigido a extinguir la sociedad eliminando las relaciones jurídicas con terceros y con los socios. La importancia radica en que la disolución no provoca una modificación sustancial de la naturaleza de la sociedad, sino que permanece con su misma personalidad jurídica y su nacionalidad, domicilio y nombre. La modificación se produce en cuanto al fin social, que ya no es el objeto social, sino que pasa a ser la extinción de la sociedad. La extinción produce efectos en cuanto a la organización social y en cuanto a las relaciones internas.

La extinción es técnica, y el legislador establece unos procedimientos, efectos, ... Para ello hay que saber cuáles son las causas de disolución, cómo operan, y si lo hacen automáticamente o facultan a los socios o al juez para reclamarla.

Las **causas de la disolución** no son taxativas, sino que son ampliables por contrato social, y vienen en principio recogidas en los arts. 221, 222, y 224 C.Co.

***Causas objetivas**: afectan a la propia sociedad (art. 221C.Co.):

- *Vencimiento del plazo prefijado en el contrato de Sociedad*: se da cuando exista plazo fijado de antemano en el contrato social. El período de liquidación se abre automáticamente. No es necesaria una declaración de los socios o del juez. Es oponible a terceros sin necesidad de anotación preventiva alguna. Sin embargo, los socios pueden evitar el efecto disolutorio prorrogando el plazo antes de que transcurra éste (no cabe prórroga tácita o expresa tras el término que se citó para la sociedad, ni siquiera aunque hay sido inscrita en el Registro Mercantil).
- *Consecución del fin social*: es la imposibilidad jurídica o extrajurídica de realizar el objeto social. No tiene carácter automático, sino que necesita el acuerdo de los socios o una resolución judicial. Esta causa puede evitarse modificando el objeto social.
- *Pérdida íntegra del patrimonio social*: imposibilidad de ejercitar la actividad social con el patrimonio social por falta de fondos (dinero). También puede evitarse la causa si en el contrato se establece la obligación de realizar aportaciones complementarias. Tampoco se produce automáticamente, sino cuando los socios lo decidan.

- *Quiebra de la sociedad (no suspensión de pagos)*: opera automáticamente cuando el auto de declaración de quiebra es firme. El efecto fundamental es que se extiende automáticamente la quiebra a todos los socios de responsabilidad ilimitada.

Causas subjetivas: afectan sólo a los socios, pero suponen la disolución de la sociedad. Pueden excluirse las causas convirtiéndolas en causas de exclusión o separación, y, en caso de muerte del socio, convirtiéndolas en cláusula de continuación, siempre que conste en el contrato social. Causas:

- *Muerte o declaración judicial de fallecimiento*: la disolución opera automáticamente, pero la Ley permite excluir este efecto disolutorio mediante las cláusulas de continuación entre los socios supervivientes o también mediante cláusulas de sucesión entre herederos (cuando muere un socio, normalmente se disuelve la sociedad, salvo que se introduzca en el contrato social inicial dicha cláusula de continuación).
- *Incapacitación del socio gestor* para administrar los bienes. Se da la imposibilidad de funcionamiento de la sociedad o de intervención del representante legal del incapacitado. No opera automáticamente. De esto ha de hacerse una interpretación restrictiva. Caben pactos que reglamenten esta causa como causa de exclusión.
- *Quiebra de un socio*: no se refiere a la suspensión de pagos ni al concurso de acreedores. Cabe su conversión en causa de exclusión, y opera automáticamente.
- *Por voluntad de todos los socios (denuncia ordinaria)*: tiene su fundamento en la inmoralidad de las vinculaciones perpetuas. Por eso existe este derecho cuando la sociedad se haya creado por tiempo indefinido o su plazo no resulte de la naturaleza del objeto social. Es lícita la cláusula que sustituya el derecho de denuncia por un derecho de separación. Esta eficacia disolutoria se condiciona a la buena fe, a su realización en tiempo oportuno, y al conocimiento por todos los socios. Se trata de una de las circunstancias que ha de constar en el Registro Mercantil, en cuya inscripción deben constar las circunstancias generales, las causas de disolución, los liquidadores, el depósito de libros de contabilidad, ... Las cuentas en participación no están sujetas a ninguna solemnidad, sino que pueden contraerse por escrito o verbalmente, probándose su existencia por cualquiera de los medios reconocidos en Derecho (art. 240 RRM).

La inscripción no tiene carácter constitutivo, sino declarativo. Cualquier otra causa que no sea la del transcurso del plazo no será oponible a terceros de buena fe hasta su publicación en el BOE.

- **LIQUIDACIÓN:** es el resultado de un proceso complejo por el que se pone fin a las relaciones jurídicas de la sociedad con los socios y con los terceros, porque el ordenamiento jurídico exige que tales relaciones jurídicas de la sociedad con los socios y con los terceros sean eliminadas. No se puede realizar la liquidación mientras existan operaciones sociales pendientes de ejecución. Declarada la disolución, se abre el período de liquidación. Este procedimiento hace posible la extinción de la sociedad mediante la extinción de las relaciones jurídicas con terceros (= liquidación patrimonial) y con los socios (= división del patrimonio).

Las fases de la liquidación son dos:

- La liquidación del patrimonio social: trata de extinguir las relaciones jurídicas de la sociedad con los terceros.
- La división del patrimonio que resulta de la liquidación entre los socios.

La personalidad jurídica de la sociedad se mantiene, y, con ella, sus consecuencias (patrimonio, nacionalidad, domicilio, nombre, etc.), pero se da una modificación del fin social: ya no el objeto social, sino la extinción de la sociedad.

El C.Co. lo regula con carácter dispositivo en los arts. 228–237.

- Los liquidadores:

La disolución de la sociedad tiene como efecto el cese automático de la representación de los administradores, por lo que no pueden contraer nuevas obligaciones. Pero es necesario un órgano de administración y representación que dirija las operaciones liquidatorias. Los liquidadores ocupan, en la sociedad en liquidación, el mismo lugar que los administradores ocupaban en la sociedad en explotación con sus funciones adaptadas al nuevo fin social, que es la extinción de la sociedad.

En cuanto a su nombramiento, los liquidadores pueden ser socios o no socios. El nombramiento está sujeto a las disposiciones del contrato social, y en caso de que no se diga nada en el mismo, los administradores se convierten en liquidadores si ningún socio se opone; en el caso de que alguno se opusiera, se convocaría junta de socios, que decide por mayoría, y si no se da tal mayoría, cabe designación judicial.

Sus funciones vienen determinadas por el nuevo fin social:

- Administrar y conservar el patrimonio social.
- Realizar las operaciones de liquidación: cobro de créditos sociales y pago de deudas sociales.
- Realizar las operaciones pendientes.

Para ello, gozan de un poder de representación.

En cuanto a su responsabilidad, responden por cualquier perjuicio causado al patrimonio común por fraude o negligencia grave en el desempeño de su cargo.

Las operaciones de liquidación se llevan a cabo en dos fases:

- Liquidación del patrimonio social: los liquidadores deben formar y comunicar a los demás socios en 20 días desde su nombramiento el inventario del patrimonio social y el balance de cuentas. Hay que realizar además la liquidación del activo y del pasivo, de la que deben dar cuenta todos los meses. La *liquidación del activo* pretende extinguir los derechos de la sociedad frente a terceros, fundamentalmente el cobro de créditos pendientes. La *liquidación del pasivo* consiste en satisfacer las obligaciones sociales exigibles a medida que vayan venciendo, y también afianzar las inexigibles por cualquier procedimiento que asegure económicamente el interés al acreedor.
- División del patrimonio social (lo que queda de la operación anterior). Consiste en la extinción de las relaciones jurídicas de la sociedad con los socios (no con los terceros). Esta operación se llama *cuota de liquidación*, y cuenta con 2 presupuestos:
 - Formal: elaborar un inventario de la liquidación y una propuesta de reparto. Ambos documentos deben ser aprobados por todos los socios.
 - Sustancial: que las obligaciones sociales hayan sido satisfechas o aseguradas. Queda prohibido el reparto prematuro de beneficios.

La forma de reparto: el derecho de la cuota normalmente tiene carácter dinerario, pero también cabe un reparto *in natura*. En cuanto a la determinación de la parte de cada socio en el patrimonio que resulta de la liquidación, hay que ir al contrato social; en su defecto, distinguimos entre capital (es lo que pusieron los socios capitalistas) y resultados. En cuanto al capital, se restituye el valor de la aportación realizada por cada socio, y en cuanto al reparto de resultados, se trata de repartir entre los socios los beneficios o pérdidas que resultan de la actividad social. Los socios capitalistas participan según su aportación, pero en el caso de los socios industriales, la distribución del resultado se hace de acuerdo con lo que se fije en el contrato en cuanto a las ganancias y a las pérdidas; a falta de ello, se hará en proporción a lo aportado, es decir según la porción de interés de cada socio en la sociedad. El socio industrial participa en las ganancias equiparándose al capitalista de participación menor, y no participa en las pérdidas salvo pacto en contrario.

- **EXTINCIÓN PROPIAMENTE DICHA:** cuando la liquidación termina con la división del patrimonio social entre los socios.

Las sociedades colectivas regulares, además de la división del patrimonio, deben inscribir su extinción en el Registro, aportando toda la documentación del art. 212 RRM (libros de comercio, correspondencia, documentación, y justificantes concernientes a su tráfico).

La extinción se entiende producida cuando se haya liquidado efectivamente el patrimonio social y se haya repartido el remanente entre los socios. Si quedaran deudas sin pagar, los acreedores pueden hacer valer la inoponibilidad de la división y satisfacerse con cargo al patrimonio indebidamente repartido. Si quedan bienes sin repartir, también cabe que los socios soliciten la división de los bienes.

La cancelación que se inscribe en el Registro no tiene carácter constitutivo ni sanatorio, por lo que los acreedores y socios que se estimen insatisfechos pueden pedir la nulidad de cancelación y la reapertura de la liquidación.

II.- LA SOCIEDAD COMANDITARIA.-

El sentido económico de este tipo social radica en la posibilidad de participar en el negocio de otro con la ventaja de la limitación de responsabilidad. Hoy carece de interés porque existen otros tipos sociales que tienen este beneficio.

El carácter de la sociedad es personalista (igual que la colectiva), pero junto a los socios colectivos que existen dentro de la sociedad, también hay uno o más socios comanditarios excluidos de la gestión y con responsabilidad limitada.

Diferencias con respecto a la sociedad colectiva:

- La aportación del comanditario es sólo de capital. El C.Co. no diferencia entre aportación y suma de responsabilidad.
- La razón o nombre social se forma con el nombre de los socios colectivos igual que en la sociedad colectiva, pero añadiendo las palabras en comandita. No se puede incluir el nombre de un comanditario en el nombre social.
- En cuanto a las ganancias y pérdidas, no hay precepto alguno para el comanditario, por tanto, salvo pacto expreso, se aplican las normas de la colectiva, con la diferencia de que sólo participan de las pérdidas hasta el límite de su obligación de aportar.
- Los comanditarios no tienen prohibido hacer competencia a la sociedad a la que pertenecen, pero sí tienen un deber de fidelidad.
- La gestión de la sociedad pertenece sólo a los colectivos. Los comanditarios no pueden realizar actos de administración ni siquiera en calidad de apoderado.
- El deber de información al comanditario es más reducido que en la sociedad colectiva.
- La representación de la sociedad corresponde a los colectivos, y sólo ellos están autorizados para utilizar la firma social.
- Los comanditarios tienen responsabilidad limitada a los fondos que pusieran o se obligaran a poner en la sociedad. Es una responsabilidad personal, solidaria y subsidiaria respecto de la sociedad (es decir, no cabe acción directa por los terceros).

Hay una sanción especial para el socio comanditario que incluya su nombre en la razón social: se le tratará de la misma forma que el socio gestor o colectivo (tendrá la misma responsabilidad que los socios colectivos), aunque seguirá siendo comanditario.

CUENTAS EN PARTICIPACIÓN Y AGRUPACIÓN DE INTERÉS ECONÓMICO.-

..

TEMA 2: LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA.-

La doctrina ha intentado hallar precedentes medievales de las S.A. en la *Rederei*. Pero hay que esperar hasta las compañías coloniales de fines del siglo XVI y principios del XVII para encontrar el precedente.

La S.A. surge por las guerras de religión, la colonización de las Indias, y la consolidación de una burguesía comercial.

En España este colonialismo es una prerrogativa de la Corona que se lleva a cabo a través de las flotas, que eran protegidas por la armada y subvencionadas por la Corona. La institución fundamental era la Casa de Contratación de Sevilla.

En otros países se crean directamente unas compañías coloniales, como en Holanda como las de las indias orientales y occidentales. También en Inglaterra tienen lugar, y en España destacan la Compañía de Caracas y la de La Habana.

Características de las compañías:

- Son instituciones de Derecho Público: es el famoso *sistema del octroi*, es decir esa compañía ha sido creada por un acto del imperio del poder Real (porque la Corona quiere).
- Surgen como mecanismo recolector de capitales. Cualquier ahorrador podía suscribir una acción y así confiaba sus fondos a una expedición concreta pasando luego a ser una inversión duradera. Esta acción se incorpora a un título apto para la contratación y para la especulación en la primera Bolsa de Valores moderna (la de Amsterdam).

En el siglo XIX, rige el *sistema de la autorización* (frente al octroi), que aparece en el C.Co. francés de 1807, y establece la responsabilidad limitada de los accionistas previa autorización. Nuestro C.Co. de 1829 (más progresista) exigía que la escritura y el reglamento de la sociedad fueran aprobados por los tribunales de comercio. Sin embargo, con la Ley de 1848 se vuelve al sistema de previa autorización.

En la segunda mitad del siglo XIX se suprime la autorización y pasa a un *sistema de libertad*. El C.Co. de 1885 establece un régimen de libertad absoluta que, habiendo dado lugar a muchos abusos, es restringido por la Ley de Sociedades Anónimas (LSA) de 1951, que es más endurecida por la Ley de 1989.

NORMATIVA A ESTUDIAR:

- Ley de Reforma de las S.A. 19/1989, 25 de julio.
- Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSL) de 1995.
- Texto refundido de la LSA, Real Decreto 1564/1989, 22 de diciembre.
- Nuevo Reglamento del Registro Mercantil de 1996.

CLASES DE S.A. LAS S.A. ESPECIALES.-

I.- S.A. .:

- **Grandes:** será tal por su capital, volumen de operaciones, y número de accionistas y de trabajadores.
- **Medianas:** se supone que hay una pluralidad de accionistas pugnando por la defensa de sus intereses. Se diferencia de las grandes también por lo anteriormente mencionado sobre las mismas.

- **Pequeñas:** coincide con la SA especial familiar. Su volumen de negocios es menor, así como el nº de accionistas, ... pero mantiene el mismo capital (10 millones de ptas.).

II. S.A.:

- **Abiertas:** no toman en consideración a la persona del accionista. Se oferta un ahorro masivo con ellas. Gran parte de los accionistas están indefensos frente al grupo de control.
- **Cerradas:** se constituye entre un grupo reducido de personas que quieren mantener la coherencia interna de la sociedad a través de distintas técnicas jurídicas, en concreto de la limitación a la transmisibilidad de las acciones.

III. S.A. familiar: suele coincidir con fenómenos como el empresario individual que crea una sociedad de conveniencia con su mujer e hijos. También puede coincidir con una S.A. grande controlada por un grupo familiar con la participación de otros socios que no tienen influencia decisiva. Modifica en algunos aspectos el modelo que regula la LSA. Ej. A través de la personalización del Consejo de Administración si existe, o del administrador único mediante sucesivas renovaciones. Esta S.A. se convierte en la práctica en una especie de sociedad colectiva de responsabilidad limitada.

IV. S.A especiales: es una institución jurídica cuya función económica fundamental es recolectar de la gente y realizar entre ellos las aportaciones de una pluralidad de personas y así explotar actividades económicas muy diversas. Por tanto tiene un interés privado muy marcado. A pesar de ello, hay unos fenómenos llamados **intervencionismo estatal** que puede operar de distintas formas:

- Puede operar un intervencionismo normativo que se justifica por la importancia económica o social de la actividad que exploten esas sociedades. Así ocurre con las S.A. bancarias, las de seguros y las de inversión mobiliaria (son sectores sensibles).
- El intervencionismo directo o de producción por el que el Estado u otros entes públicos se constituyen en S.A. o nacionalizan una S.A. Ej. Empresas públicas, bancos nacionalizados, etc.
- Existe también una tutela o previsión para ciertas S.A. debido a su interés social. Ej. Sociedades mutuas, sociedades cooperativas, sociedades de garantía recíproca, sociedades mercantiles laborales, etc.

V.-S.A. pública o estatal: la Administración puede actuar como agente económico mediante diferentes cauces. A veces lo hace bajo el Derecho Público, y otras bajo instituciones de Derecho Privado (en las que nos vamos a centrar).

La Administración acude a la figura societaria generalmente eligiendo la S.A. en 2 supuestos: cuando se trata de una S.A. cuyo fundador o socio único es el Estado o ente público, o en el caso de S.A. mixtas en las que existe capital privado y público.

Tiene características específicas:

- Desde el punto de vista formal, la S.A. es una persona jurídica independiente de la Administración, pero esa independencia es exclusivamente una autonomía patrimonial o autonomía operativa que permite que se someta a Derecho Privado pero no que se sustraiga al mandato de los órganos de decisión administrativos de los que depende. Tiene que desempeñar una actividad determinada, de ahí la importancia de la determinación del objeto social.
- Para constituirla, es necesario, como requisito previo al otorgamiento de escritura, la adopción válida de un acuerdo del órgano administrativo que toma tal decisión. Es necesaria la decisión de constituir la S.A. y que tal decisión se fundamente en la Ley. Esa decisión se ha de adoptar con los requisitos y finalidades que marca la Ley.
- El ánimo de lucro pasa a un segundo plano, puesto que prevalece la correcta ejecución del objeto

social sobre la obtención de lucro.

- **Régimen jurídico:**

La Administración puede constituir sociedades mercantiles (normalmente son S.A.), y necesita una autorización legal en cada caso para que las concretas Administraciones Públicas puedan constituir S.A. Dicha autorización se contempla en la Ley General Presupuestaria y en la Ley de Entidades Estatales Autónomas cuando se trata de la Administración General del Estado, o, si es una Comunidad Autónoma, en los Estatutos de Autonomía de cada C.A., en las Leyes de cada C.A., y en la legislación estatal. Cabe la posibilidad de crear concretas sociedades a través de leyes especiales que establecen su régimen jurídico. Ej. Instituto de Crédito Oficial (ICO).

ELEMENTOS ESENCIALES: CAPITAL SOCIAL. FUNCIONES Y PRINCIPIOS INFORMADORES.-

El art. 1 LSA dice que el capital está dividido en acciones y que se integrará por las aportaciones de los socios, que no responderán personalmente de las deudas sociales.

El art. 3 LSA dice que la S.A. siempre será mercantil cualquiera que sea su objeto social.

El art. 4 LSA dice que ese capital social no podrá ser inferior a 10 millones de pesetas.

Nuestra LSA no define lo que es una S.A., pero sí da unas características:

- Es una sociedad con finalidad lucrativa.
 - Es siempre mercantil (rige por el Estatuto del Empresario).
 - Su capital está dividido en acciones que confieren la condición de accionista desde el momento de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil.
 - El accionista responde solo con la aportación suscrita desembolsada en el 25%.
 - Tiene capacidad jurídica plena.
 - Es una sociedad capitalista en el sentido de la necesaria aportación efectiva patrimonial, y no de trabajo, y también porque la condición de socio es fungible.
 - Es una sociedad democrática que se rige por la regla de la mayoría.
 - Es una sociedad donde rige el principio del organicismo de terceros, es decir, la posibilidad de que la administración y representación de la S.A. recaigan sobre un tercero no socio.
-
- El capital social:

Es uno de los conceptos fundamentales del régimen de la S.A. El capital social tiene que estar determinado en los estatutos por medio de una cifra que representa el importe de las aportaciones de los socios o de lo que se han comprometido a aportar. La cifra del capital social **permanece estable** mientras no se cambien los estatutos, y determina la responsabilidad frente a terceros. La Ley exige que el capital social esté totalmente suscrito por los socios en el momento de la fundación. No se permite el capital en cartera, y ese capital, en el momento de la fundación, debe estar desembolsado al menos en ¼ parte.

La cifra formal del capital tiene que corresponder a una aportación patrimonial efectiva, es decir, el patrimonio social tiene que existir realmente. El patrimonio social no es una cifra contable, sino que es el conjunto de bienes y derechos de los que la sociedad es titular en un determinado momento. En el momento de la fundación, el capital social (la cifra) y el patrimonio social (el valor), tienen que coincidir, y después de la fundación, el capital podrá ser el mismo, o puede variar.

La Ley ha sometido a unos principios el capital social:

- *Principio de capital mínimo:* no puede ser inferior a 10 millones de ptas. (art. 4). Es la cifra que el legislador estima, por debajo de la cual no deben constituirse S.A's para que los pequeños empresarios elijan otros tipos. Este patrimonio social debe existir durante toda la vida de la sociedad.
- *Principio de determinación:* la cifra del capital social debe estar fijada en los estatutos.
- *Principio de la integridad:* la suscripción es el acto por el que una persona manifiesta su voluntad de ser titular de una o más acciones. La totalidad del capital social debe estar suscrito en el momento de la fundación, a lo que se le llama suscripción íntegra, que se contrapone al concepto de acciones en cartera.
- *Principio del desembolso mínimo:* el desembolso es el acto por el que una persona procede a entregar aquello que ha suscrito (es decir, paga las acciones) en el momento de la fundación, al menos el desembolso de $\frac{1}{4}$.
- *Principio de estabilidad:* la cifra del capital social permanece estable, y toda modificación implica un cambio de los estatutos.
- *Principio de la realidad:* a la cifra del capital social ha de corresponder una efectiva aportación patrimonial, que podrá consistir en dinero o en bienes u otras cosas, pero en todo caso siempre susceptibles de valoración económica, y así formar parte del balance de la sociedad.

- Funciones del capital social:

- Productividad: el capital social es el conjunto de medios utilizados para el desarrollo del objeto social. Es una financiación con fondos propios, por tanto sujeta al riesgo del empresario. Esta función implica que el principio de estabilidad del capital social se cumpla, y justifica que la remuneración se produzca a través del dividendo y no de a través de intereses. Se refiere fundamentalmente a los intereses de la empresa.
- Garantía frente a los acreedores sociales: intenta resolver problemas de la efectividad de la aportación (que sea una aportación real), de la conservación de la aportación, y del control de los casos en que el socio puede hacerse acreedor de la sociedad. Tutela básicamente los intereses de los acreedores.
- Organizativa: por ley o por los estatutos, el capital sirve para medir la posición del socio en la sociedad; según la cifra aportada, varían los derechos de los socios dentro de la S.A. Tutela los intereses de los socios.

INFRACAPITALIZACIÓN:

Es una desproporción constatable entre el capital social y el riesgo de la empresa. Puede ser de dos clases:

- Material: los socios no suministran fondos suficientes para el ejercicio de la empresa, ni como préstamo, ni como capital. Suele ocurrir en las sociedades cerradas porque mediante la S.A. quieren reducir los riesgos de una empresa individual.
- Nominal: los socios sí suministran fondos, pero no en concepto de capital, sino de préstamos. Generalmente, se da en los grupos de empresas para lo que crean filiales para evitar que el fracaso de una empresa afecte a las otras.

¿Cómo se soluciona?:

- En el caso de la infracapitalización material, a través de la responsabilidad de los socios porque el capital es la contraprestación a la no responsabilidad de los socios, es decir, a través de la responsabilidad limitada siempre a la aportación que debieron realizar los socios que no aportaron.
- En el caso de la nominal, los socios tienen responsabilidad limitada hasta lo que debieron aportar en capital, es decir se trata como capital social lo que aportaron como préstamo: lo que aportaron como préstamo, como castigo, no les es devuelto).

LAS ACCIONES: tienen un triple aspecto:

- Es una parte del capital que representa una parte alícuota del mismo.
- Es un valor, es decir se puede representar en título-valor o en anotación en cuenta.

- Es expresión de la condición de socio, que es titular de bienes y derechos.

RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS: no responden de las deudas sociales. La S.A. responde ilimitadamente con todo su patrimonio frente a terceros, pero los socios sólo son responsables en función del capital suscrito por cada uno.

La S.A. siempre es MERCANTIL, y por ello se le aplica el Estatuto Jurídico del Empresario, que es muy riguroso e implica obligatoriedad de contabilidad, registro, y sometimiento a los procedimientos de suspensión de pagos y quiebra.

DENOMINACIÓN SOCIAL, NACIONALIDAD Y DOMICILIO.-

- **Denominación:** debe figurar con el nombre que le designen, añadiendo las iniciales S.A. Vienen reguladas por el art. 2 LSA y los arts. 395-419 RRM. Es el nombre de la sociedad, cuya función es diferenciarla de otras personas jurídicas. Se constituye por un conjunto de palabras que, con eficacia jurídica, la identifican o individualizan. Esta denominación es en interés de la sociedad (para que sea distinguida) y de terceros (para poder saber con quién contratan). La ausencia de la denominación en los estatutos determina la sociedad inscrita como nula.

El RRM establece una serie de especialidades: pueden ser denominación: nombres de fantasía; nombres subjetivos y objetivos; la actividad a la que se va a dedicar la sociedad, que debe constar con su objeto social; nunca puede coincidir con el de otra sociedad preexistente; no puede dar lugar a confusión.

Figura necesariamente en los estatutos, y la sociedad es titular de un derecho subjetivo con 2 vertientes:

- Positiva: facultad de usar la denominación frente a otros.
- Negativa: impedir que otras sociedades usen su denominación.
- **Nacionalidad: art. 5 LSA: serán españolas y registrarán por la LSA todas las S.A. con domicilio en territorio español, cualquiera que fuese el territorio en que se hubiesen constituido. Deben tener su domicilio en España todas las S.A. cuyo principal establecimiento o explotación radique en su territorio: sigue el criterio del domicilio social. También son españolas las S.A. que, constituidas en el extranjero, fijen su domicilio en España, tanto en el momento de la constitución como posteriormente.**
- **Domicilio: art. 6 LSA: es el lugar donde va a fijar el domicilio una sociedad domiciliada en España. Partimos de una sociedad española y sigue 2 criterios:**
 - El centro de la efectiva administración y dirección.
 - Donde radique su establecimiento o explotación principal.

Esta mención del domicilio debe fijarse en los estatutos (tiene importancia a efectos fiscales). Para dar protección a los terceros, establece que, si hay discordancia entre el domicilio registral y los criterios del art. 6.1 LSA, los terceros podrán considerar como domicilio a cualquiera de los dos.

En los estatutos debe fijarse quién es el órgano competente para crear, suprimir, ... sucursales, las cuales carecen de personalidad jurídica, y son un establecimiento secundario, representación permanente de la sociedad, y tienen cierta autonomía en la gestión.

OBJETO SOCIAL.-

Significa las aportaciones de los socios y la actividad de la sociedad. Es elemento del contrato de la sociedad junto con el consentimiento y la causa, por tanto serán de aplicación las normas generales sobre el objeto del

contrato:

- Licitud del objeto: si no se da este requisito, se aplicará la nulidad del art. 34ª LSA.
- Ha de ser un objeto posible: si no lo es, puede ser que sea imposible originariamente, en cuyo caso sería nulo, o sobrevenidamente, en cuyo caso sería causa de disolución de la sociedad.
- Objeto determinado: se trata de establecer con concreción en los estatutos el objeto social: es necesaria la determinación del objeto en interés tanto de los socios como de terceros. En cuanto a los terceros, el objeto actúa como límite a la capacidad de la sociedad o al poder de representación de los administradores (art. 129 LSA: cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros). Y es en interés de los socios por varias razones:

1) Si la S.A. es un contrato, tienen que saber qué contratan. Si lo quieren modificar, hay que aplicar el art. 147 LSA sobre sustitución del objeto social, en cuyo caso, los accionistas que no hayan votado a favor del acuerdo de sustitución y los accionistas sin voto tendrán el derecho de separarse de la sociedad. 2) Si quieren pedir responsabilidad a los administradores por su actuación fuera del objeto (art. 129–133: la representación de los administradores se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos). 3) Para pedir la disolución de la sociedad, por ejemplo por conclusión del objeto. 4) Para pedir el cese del administrador si compete con la sociedad (tiene prohibido hacer competencia a la sociedad a la que pertenece).

Art. 117 RRM (nuevo): suprime las antiguas exigencias de precisión y sumariedad del objeto. No pueden incluirse dentro del objeto social lo que llama actos jurídicos necesarios para la realización o desarrollo del objeto social. Son los llamados actos neutros. Tampoco se puede incluir en el objeto social frases como la realización de cualesquiera otras actividades de lícito comercio, ni expresiones análogas.

No hay impedimento de fijar un objeto social muy complejo, siempre que no sea un medio de desdibujar el objeto social. La indeterminación del objeto es causa de denegación de la inscripción. Si ya está inscrita la sociedad, se aplica el art. 34 sobre nulidad cuando es indeterminación absoluta; si no es absoluta, es la ineficacia de una parte de la cláusula.

Cualquier cambio del objeto social requiere modificación de los estatutos (art. 147 LSA: el acuerdo de sustitución del objeto social debe ser inscrito en el Registro Mercantil. Los accionistas que no hayan votado a favor del acuerdo y los accionistas sin voto tienen derecho a separarse de la sociedad. Arts. 160 y 161 RRM: la inscripción de la sustitución del objeto social sólo puede realizarse cuando conste en la escritura pública la declaración de los administradores de que ningún accionista ha hecho uso de su derecho de separación, o en su caso, de que han sido reembolsadas las acciones de quienes lo hubieren ejercitado o ah sido consignado su importe, con expresión del precio reembolsado por acción, previa reducción del capital social mediante amortizaciones de las acciones.

La publicidad por cambio del objeto social viene regulado en el art. 150 LSA: el cambio de objeto social debe ser publicado en dos periódicos de gran circulación en la provincia, y sin dicha publicidad, no podrá ser inscrita en el Registro Mercantil. El art. 163 RRM dice que dicha publicidad debe acreditarse en la escritura.

FUNDACIÓN DE LA S.A.–

1.– **Constitución e inscripción:** la constitución de la S.A. implica la creación de una organización con personalidad jurídica distinta a la de sus miembros. Para su creación, la LSA establece en su art. 7 la inscripción constitutiva: la constitución debe documentarse en escritura pública. Nos encontramos ante un contrato de organización: en principio, la situación jurídica de sus miembros debe ser proporcional a la cuantía de lo que aporta cada uno.

2.– **Escritura de constitución:** este otorgamiento de escritura debe ser inscrito posteriormente en el Registro

Mercantil. Dentro de la escritura de constitución, se contienen los estatutos (art. 8.5 LSA) que han de regir el funcionamiento de la sociedad. La escritura debe recoger unas menciones del art. 8 LSA y 114 RRM (ver). Además, los socios pueden incluir todos los pactos y condiciones que los socios estimen convenientes, siempre que no contravengan los principios configuradores de la S.A.

3.- **Estatutos sociales:** deben constar en la escritura, y su finalidad es regular la organización y el funcionamiento de la sociedad. También deben integrarse por todas las menciones del art. 9 LSA y 116 RRM (ver), y pueden introducir pactos y condiciones dirigidos a cómo se organiza la sociedad, siempre que no sean contrarias a la Ley. Para modificar los estatutos, es necesario el acuerdo de la Junta General. El art. 9.11 LSA establece la limitación a la libre transmisibilidad de las acciones.

4.- **Procedimientos de fundación:** la sociedad puede constituirse por 2 procedimientos:

- **Procedimiento de fundación simultánea:** art. 14 LSA: se produce mediante un solo acto por acuerdo de los fundadores, y que se recoge en la escritura social. Es obligatorio que en la escritura social figure el nombre de los fundadores y asuman todas las acciones. En cuanto al nº de fundadores, cabe la posibilidad de constituir una S.A. unipersonal. Responden solidariamente frente a la sociedad, a los accionistas y a los terceros. Responden de la realidad de las aportaciones sociales, del valor de las no dinerarias, de la adecuada inversión de los fondos destinados al pago de los gastos de constitución, de la constancia en la escritura de constitución de las menciones exigidas por la Ley, y de la exactitud de cuantas declaraciones hagan en aquélla (art. 18 LSA). Los fundadores tienen ventajas particulares: art. 11 LSA: es un **privilegio legal**. Son derechos de carácter patrimonial, y en ningún caso políticos. Este privilegio tiene tres límites:
 - Uno cuantitativo y material: no puede exceder del 10% de los beneficios netos obtenidos según balance, una vez deducida la cuota destinada a reserva legal.
 - Uno temporal: por un período máximo de 10 años.
 - Uno cualitativo: estos derechos de carácter económico deben recogerse en los estatutos sociales (art. 9 LSA), y pueden incorporarse a títulos nominativos distintos de las acciones. Se llaman bono fundador o cédula de fundador: tienen que ser nominativos, y tienen que ser distintos de las acciones. En determinadas S.A. especiales se prohíben. Ej. En las sociedades de garantía recíproca.
- **Procedimiento de fundación sucesiva:** se emplea para la constitución de grandes sociedades, siempre que, antes del otorgamiento de escritura de constitución de la sociedad, se haga una promoción pública de la suscripción de las acciones por cualquier medio de publicidad o por la actuación de intermediarios financieros. Los promotores son aquellos que promueven la constitución de la sociedad (realizan todas las gestiones preparatorias necesarias para la creación de una sociedad), y tienen que realizar un proyecto de sociedad que habrá de ser comunicado a la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Así mismo tienen que realizar un programa de fundación de la sociedad que ha de ser firmado por todos los promotores y depositado en el Registro Mercantil antes de efectuar la publicidad del proyecto.

La suscripción de las acciones tiene que realizarse en el plazo que fije el programa, previo desembolso del 25% del importe nominal de cada acción (si son aportaciones dinerarias, y si no son dinerarias, se harán en la forma establecida en el programa). Estas aportaciones son indisponibles hasta que la sociedad quede inscrita en el Registro Mercantil. La suscripción debe constar en el Boletín de Suscripción, que será firmado al menos por un promotor.

En el plazo de 6 meses desde el depósito del programa en el Registro Mercantil, los promotores tienen que convocar a los suscriptores para que concurran la celebración de la junta constituyente a fin de aprobar todas las gestiones previas, y podrá modificar el programa fundacional por unanimidad de los suscriptores presentes en la junta.

La junta es presidida pro el primer promotor que firmó el programa fundacional. Los suscriptores tienen

derecho a los votos que le correspondan con arreglo a sus aportaciones. Los acuerdos se toman por mayoría de $\frac{1}{4}$ de los suscriptores concurrentes, y se recogen en un acta.

En el mes siguiente a la celebración de la junta constituyente, debe otorgarse escritura pública de constitución de la sociedad, y en el plazo de 2 meses, deberá inscribirse en el Registro Mercantil. Pasado un año sin que se haya efectuado la inscripción, los suscriptores podrán exigir la restitución de las aportaciones realizadas con los frutos que hubieren producido. El retraso en el otorgamiento de la escritura o en su inscripción por culpa de los otorgantes, les hará responder solidariamente de los daños y perjuicios causados.

Los promotores responden solidariamente frente a tercero de las obligaciones contraídas con la finalidad de constituir la sociedad (las aportaciones son indisponibles hasta la inscripción en el Registro Mercantil). Pero una vez constituida la sociedad, ésta asumirá esas obligaciones y reembolsará a los promotores los gastos realizados siempre que su gestión haya sido aprobada por la junta constituyente, o que los gastos hayan sido necesarios. Así mismo responden solidariamente frente a la sociedad o terceros: de la realidad y exactitud de las listas de suscripción; de los desembolsos iniciales y de su adecuada inversión; de la veracidad de las declaraciones del programa de fundación; y de la realidad y efectiva entrega a la sociedad de las aportaciones no dinerarias.

SOCIEDAD EN FORMACIÓN Y SOCIEDAD REGULAR. –

La sociedad en formación tiene lugar antes de la inscripción en el Registro Mercantil, pero puede ocurrir que se realicen actos y contratos en nombre de la sociedad. La S.A. no existe en ese momento como S.A. porque la sociedad nace con el contrato (acuerdo de voluntades), y no es tal S.A. hasta su inscripción. El art. 7 LSA establece el carácter constitutivo de la inscripción. Hasta su inscripción, se la considera como sociedad en formación. Hay que ver su régimen y responsabilidad.

En primer lugar se aplica el art. 15 LSA, y en segundo lugar, las normas de la LSA que no presuman inscripción.

1. Responsabilidad de los celebrantes: art. 15.1 LSA: implica una responsabilidad solidaria de quienes hubieran realizado actos y contratos en nombre de la sociedad y antes de la inscripción, es decir, los realizan en nombre de la sociedad en formación.

- Trata de actuaciones de la sociedad con terceros: estas actuaciones tienen que llevarse a cabo por quienes puedan obligar a la sociedad, es decir, por los administradores, representantes y mandatarios.
- Estos actos y contratos no tienen que situarse necesariamente dentro del objeto social porque, como aún no está inscrita, no se aplica el art. 119 (tiene que constar en la escritura el objeto social).
- Estos actos y contratos tienen que celebrarse en nombre de la sociedad en formación, nunca en nombre propio.
- Tienen que ser perfectos y no sometidos a condición suspensiva.

De todos estos actos responden solidariamente quienes los hubieran celebrado.

2. Supuestos de exclusión de responsabilidad solidaria: art. 15.2 LSA: se excluye la responsabilidad de los celebrantes, y juega la responsabilidad de la sociedad en formación y la responsabilidad limitada de los socios en 3 supuestos:

- Actos y contratos indispensables para la inscripción: el criterio indispensable significa indispensable jurídicamente, no económicamente.
- Actos y contratos realizados por los administradores dentro de las facultades que les confiere la escritura para la fase anterior a la inscripción: el límite es su poder de representación indicado específicamente en la escritura.

- Actos y contratos estipulados en virtud de un mandato específico por las personas que los socios designen a tal fin.

En estos tres casos, la responsabilidad es:

- Primero responde la sociedad en formación con el patrimonio formado por las aportaciones de los socios.
- Después responden también los socios hasta el límite de su aportación.

Esta responsabilidad del art. 15.2 es directa, personal, solidaria, pero limitada.

3.Art. 15.4 LSA: se refiere a cuándo la sociedad en formación deviene regular: ha de inscribirse para ser regular. En el momento de la inscripción, el valor del patrimonio social es menor al capital social (porque éste permanece estable) por los gastos hechos del art. 15.2 LSA. Hay responsabilidad de los socios por la diferencia que hay entre el patrimonio y el capital: con ello tratamos de garantizar una equivalencia entre el patrimonio y el capital en el momento de la inscripción. Las aportaciones se realizarán en proporción al capital suscrito, y podrán ser dinerarias o no dinerarias.

- **Art. 15.3 LSA:** una vez que la sociedad está inscrita, quedará obligada por los actos y contratos del art. 15.2, por lo que la sociedad continúa obligada por esos actos y contratos, y se elimina la responsabilidad directa de los socios. Cabe la posibilidad de que la sociedad quede obligada por los actos y contratos que acepte antes de la inscripción en el plazo de 3 meses desde la inscripción: se supone que esta aceptación de la sociedad se hace por junta general, y estos actos y contratos que acepte son los del art. 15.1 LSA. Esta aceptación significa que la responsabilidad de quienes los hubieran celebrado cesa y pasa a ser responsabilidad de la S.A. (Si en esos 3 meses no se aceptan, se abre novación simple y pasan también a la sociedad).

• SOCIEDAD IRREGULAR.–

La inscripción de la S.A. tiene carácter constitutivo. Nunca se puede hablar de una S.A. irregular. La LSA establece que, otorgada la escritura de constitución de la S.A., si no se llega a inscribir, habrá que darle un régimen a esa sociedad en formación porque no es ni S.A., ni sociedad en formación. Para ese caso, el art. 16 LSA regula la sociedad irregular. La diferencia entre sociedad irregular y sociedad en formación está en la voluntad o no de inscribirse: la primera no tiene voluntad de inscribirse, mientras la segunda sí. Pero la voluntad de inscribirse es difícil de comprobar.

La LSA da un criterio residual: pasado un año desde el otorgamiento de la escritura sin solicitar la inscripción de la misma en el Registro Mercantil, se tiene por sociedad irregular. Verificada la voluntad de no inscribir, en cualquiera de los dos casos, cualquier socio puede instar la disolución de la sociedad en formación y exigir, previa liquidación del patrimonio social, la restitución de sus aportaciones. El fundamento está en evitar que los socios respondan ilimitadamente de las deudas sociales evitando la conversión en sociedad colectiva o sociedad civil. La consecuencia es que en cualquiera de los dos casos la sociedad ha iniciado sus operaciones, y se aplica lo siguiente:

- Si se trata de disolución y liquidación sin conversión, sigue tratándose de una sociedad en formación y se aplica el art. 15 y las normas de la LSA que no presuman inscripción.
- Si no se insta la disolución, se produce la conversión bien en sociedad civil (si el objeto de la sociedad es civil), bien colectiva (si el objeto social es mercantil).

NULIDAD DE LA S.A.–

Arts. 34 y 35 LSA: reproduce la normativa comunitaria. Son reglas de mínimos y han provocado lagunas.

Características:

- Las causas tienen un carácter taxativo: sólo puede ejercitarse por las causas enumeradas en el art. 34, y tienen un carácter excluyente, porque fuera del art. 34, no se puede declarar la nulidad. Esto produce seguridad jurídica y reduce las causas de nulidad.
- Registrador mercantil: su función calificadora se realiza notablemente. Existen muchos requisitos constitutivos de la S.A. cuyo incumplimiento debe ocasionar la no inscripción. Pero, al no tratarse de causas de nulidad, no se encuentran bajo salvaguarda de los tribunales. Las causas de nulidad se refieren a verdaderas S.A., es decir sólo a las inscritas.
- La acción de nulidad: es necesaria la demanda porque no opera de derecho ni de oficio por los tribunales, aumentando así la seguridad jurídica.

Causas de nulidad:

- Por resultar el objeto social ilícito o contrario al orden público. El objeto social tiene que ser el efectivamente realizado, no sólo el estatutario. Hay que distinguir entre ilicitud originaria y la sobrevenida, la cual no es causa de nulidad, sino de disolución.
- Falta de expresión de determinados datos: aportaciones de los socios, denominación social, objeto social, etc.
- Incapacidad de todos los socios fundadores (no se suele dar).
- Necesidad de que concurran 2 socios fundadores si es una S.A. plurilateral, o 1 sólo si es unilateral.

Declaración de nulidad:

Para declararla, es necesaria una declaración judicial (art. 35 LSA), que significa que es la STC la que declara la nulidad, y con ella, la obligación de cancelar los asientos registrales.

Es necesaria la acción (demanda), y, aunque la LSA no dice nada, están legitimados para ejercitarla los interesados, es decir, los socios, los terceros, y los administradores. De la sentencia deriva la prescripción de la acción de nulidad: ésta se puede ejercitar siempre puesto que el plazo para hacerlo es imprescriptible.

En el art. 35 LSA no se prevé la subsanación de los defectos que sean causa de nulidad: cabe subsanación mientras no recaiga STC de nulidad.

Efectos de la STC:

1. Abre la liquidación, que sigue el mismo procedimiento que el de disolución.

- 2. El art. 35 LSA recoge los efectos de la STC con dos defectos:
 - – Falta de alusión al nombramiento de liquidadores, que queda al arbitrio de la sociedad (defecto por defecto).
- Las reglas que establece deducen que es la STC la que abre liquidación (defecto por exceso): la validez de las obligaciones o créditos de la sociedad o frente a la sociedad no resultan afectados por esta nulidad, sometiéndose al régimen de la liquidación; cuando el pago a terceros de las obligaciones contraídas por la sociedad declarada nula así lo exija, los socios están obligados a desembolsar sus dividendos pasivos.

. 4º 10. 1997/98.

TEMA 3: APORTACIONES SOCIALES.

CONCEPTO Y REQUISITOS. LAS PRESTACIONES ACCESORIAS.-

Art. 1 LSA: las aportaciones sociales integran el capital social, y es presupuesto inexcusable del nacimiento de la sociedad. Deben constar en la escritura de constitución (art. 8c LSA), y son un elemento fundamental del contrato de la sociedad: son el objeto de ese contrato.

Vienen reguladas en el Capítulo III de la LSA, y las divide en 2:

- Sección sobre aportaciones y adquisiciones onerosas.
- Sección sobre dividendos pasivos (es una obligación de aportar parcialmente diferida, al menos un 75%).

El concepto de aportación social gira en torno al concepto de capital social, y la función de garantía del capital nos obliga a adoptar unos criterios selectivos en cuanto a los elementos patrimoniales que puedan aportarse, es decir, lo que se aporte debe ser apto para permitir el cumplimiento de las obligaciones asumidas por la sociedad. En definitiva se trata de garantizar una correcta formación del patrimonio social. Sin embargo, queda sin solucionar el problema de la infracapitalización. Así, en el art. 47.1 LSA se dice que será nula la creación de acciones que no respondan a una efectiva aportación.

La LSA diferencia entre suscripción y desembolso: **suscripción** es una declaración del futuro accionista por la que se obliga a realizar una aportación equivalente al valor nominal de las acciones que recibe, mientras que **desembolso** es la aportación misma.

* **Aportación** es la prestación que efectúa el socio para la consecución del fin común que la sociedad persigue a través del ejercicio de la actividad propia del objeto.

El ar. 12 establece que el capital social debe estar totalmente suscrito, pero parcialmente desembolsado. Así, los fundadores tendrían libertad total para constituir una sociedad con un capital social superior a 10 millones de pesetas.

La aportación es además un acto traslativo, dispositivo o de enajenación. No se pueden aportar bienes de dominio público por su carácter inalienable.

La LSA recoge unas normas generales que ya eran enunciadas por la doctrina cuando la antigua LSA de 1951 estaba vigente. Estas normas generales son:

- Sólo pueden ser objeto de aportación los bienes y derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica. Así, serán aportaciones dinerarias o no dinerarias (o *in natura*).
- Nunca pueden ser objeto de aportación el trabajo o servicios: éstos pueden valorarse, pero no sirven para la función de garantía del capital social. La vía correcta para este trabajo o servicio son las prestaciones accesorias.
- Es necesario que las aportaciones consten en el balance.
- Es necesario que sean ejecutables.

A pesar de ello, pueden aportarse concesiones administrativas o el fondo de comercio, el know – how, patentes y marcas, si han sido adquiridos o surjan como gastos de investigación.

En cuanto al título de la aportación, se entiende realizada a título de propiedad, salvo que expresamente se estipule de otro modo. Ej. Admite aportaciones a título de uso, pero esto trae problemas relativos a su valoración; en caso de liquidación de la sociedad, existe un derecho de restitución del bien mismo y no del valor del bien.

- **Prestaciones accesorias: (IMPORTANTE).**

En la antigua LSA de 1951 no se regulaban. Posteriormente se admitieron en la LSL, pero ha sido después cuando se ha admitido su existencia en las S.A. al amparo del principio de libertad de pactos. Con la LSA proliferan reguladas estas prestaciones.

El art. 36.1.2 LSA dice que son las obligaciones de los socios, de todos o de algunos, distintas del capital y que no pueden integrar el capital social. No son por tanto obligaciones sociales.

En cuanto a la creación de las prestaciones accesorias, éstas deben aparecer en los estatutos (art. 9L). Pueden establecerse desde su fundación o a través de una modificación estatutaria (art. 145 LSA), la cual requiere consentimiento de todos los interesados.

En cuanto a su contenido, el art. 1088 del C.c. dice que las prestaciones pueden consistir en un dar, hacer, o no hacer. Si se trata de *dar*, puede ser cualquier cosa, incluso dinero; las prestaciones de *hacer* consisten en prestar un servicio; y, las prestaciones de *no hacer* pueden consistir en no hacer competencia a la sociedad, etc.

En cuanto a las retribuciones de la prestación accesorias, pueden ser gratuitas o remuneradas. Tratándose de prestaciones accesorias remuneradas, es necesario que conste expresamente en los estatutos (art. 9 L LSA). Si no se dice nada, se entiende que son gratuitas.

En cuanto a la forma de retribución, el art. 127 RRM dice que hay que consignar si la retribución consiste en dinero o si es *in natura*. También hay que precisar cuánto es la retribución de la prestación, que deberá ser fijada. Ej. Por una participación en los beneficios, o al margen de esa participación en los beneficios.

Las transmisiones de prestaciones accesorias han de establecerse necesariamente sobre acciones nominativas (que conste nombre y apellidos) para conocer la identidad de la persona obligada a realizarlas. En principio, son válidas las disposiciones estatutarias, las cuales pueden establecer un régimen de libertad de transmisión, o pueden reservar a la sociedad la facultad de admitir tal transmisión. Si en los estatutos no se dice nada, se aplicará el régimen legal que implica una autorización de la sociedad y que se recoge en los arts. 65 y 63 LSA.

En cuanto al incumplimiento de esta obligación de prestación accesorias, la determinación de los efectos de este incumplimiento se recogen en los estatutos, y vienen regulados en el art. 9 L LSA y 127 RRM: sólo se refieren a posibles cláusulas penales. Sin embargo, se permiten otro tipo de consecuencias:

- Fijación de penas convencionales (art. 56 C.Co.).
- Otras sanciones como la pérdida del derecho de retribución, suspensión del derecho a participar en los beneficios, etc.

Si los estatutos no dicen nada, como la prestación no es una aportación, no se pueden aplicar las normas para el incumplimiento de aportar. En concreto, no se puede vender las acciones del socio ni tampoco excluir al socio (art. 218 C.Co.). En lo referente a la exclusión del socio, una parte de la doctrina admite una aplicación analógica del art. 218 C.Co. porque la prestación accesorias tiene carácter personalista.

En cuanto a la modificación y extinción de las prestaciones accesorias, además de cumplir el art. 144, exige el consentimiento de los interesados (el art. 145 es una norma imperativa, inderogable). Sin embargo, es posible ampliar esta exigencia obligando al consentimiento de todos los accionistas y no sólo de los interesados. Los interesados son los obligados a la prestación y el resto de los socios, como por ejemplo cuando una prestación accesorias no remunerada pasa a ser retribuida. Este consentimiento de la modificación es una declaración de voluntad unilateral; no tiene que acordarse en junta. En lo referente a la extinción: un procedimiento de fusión de sociedades (art. 233.1 LSA) no afecta a las prestaciones accesorias, que siguen vivas. En caso de

disolución, tampoco se extingue la prestación accesoria salvo que se pacte o resulte incompatible con el período de liquidación.

APORTACIONES DINERARIAS. VERIFICACIÓN DEL DESEMBOLSO.–

Vienen reguladas en los arts. 37 y 40.1 de la LSA.

Las aportaciones dinerarias deben establecerse en pesetas, y en el caso de que fuera en moneda extranjera, se determinará su equivalencia con arreglo a la Ley.

Nuestra Ley actual exige autorización ante Notario de la realidad de las aportaciones dinerarias. Así, esta acreditación se puede llevar a cabo por 2 mecanismos:

- La exhibición y entrega de resguardos de depósito a nombre de la sociedad en una entidad de crédito (art. 132.1 RRM). Es posible realizarlo en el momento de constitución de la sociedad, o en un aumento de capital de la misma, y también tanto para el desembolso originario o en desembolsos sucesivos (art. 40 LSA).
- Entregar el dinero al Notario, el cual debe realizar el depósito en el plazo de 5 días hábiles.

APORTACIONES NO DINERARIAS. INFORME DE LOS PERITOS. RESPONSABILIDAD POR LAS APORTACIONES NO DINERARIAS.–

Estas aportaciones presentan 2 problemas fundamentales:

1.– La valoración de las aportaciones no dinerarias: en la LSA de 1989, se establece la responsabilidad de los fundadores por la valoración, pero no la de los promotores (art. 18 LSA). A esta valoración hay que añadir el informe que sobre estas aportaciones realicen uno o más expertos independientes (art. 38 LSA). Existe un procedimiento para nombrar al experto independiente, y que viene regulado por los arts. 338 y ss. RRM:

- Hay que presentar una instancia por triplicado dirigida al Registrador Mercantil, que estará suscrita por un fundador o promotor, o incluso por la sociedad. En la instancia se solicita el nombramiento de uno o más expertos independientes, haciendo constar los datos que exige el art. 338.1 RRM (fecha de solicitud, identificación registral de los bienes, identificación registral de la sociedad o de los promotores de la misma (nombre, apellidos, domicilio), declaración de no haberse obtenido en los 3 últimos meses otra valoración de los mismos bienes).
- Presentada la instancia, se realiza el asiento de presentación de esta instancia, identificando al solicitante y al presentante, y también se indicarán los bienes a valorar (art. 339 RRM).
- En los 15 días siguientes, el Registrador procede al nombramiento de los expertos a su arbitrio (art. 340 RRM).
- Se notifica el nombramiento al experto designado.
- En 5 días desde la notificación, el experto comparece ante el Registrador para aceptar el cargo, lo cual se hace constar en la instancia archivada en el Registro (art. 344 RRM).

La designación la hace el Registrador a su arbitrio, pero tiene 4 límites:

- Que las personas pertenezcan a una profesión directamente relacionada con los bienes objeto de valoración (art. 340 RRM), es decir, que sea un profesional.
- Que no exista incompatibilidad (art. 341 RRM) según el art. 621 LEC, en cuyo caso, deberá excusarse ante el Registrador para que éste nombre a uno nuevo.
- Posibilidad que tienen los interesados de recusación del experto por causa legítima (art. 342 RRM) antes de la elaboración del informe, comunicándolo al Registrador, quien a su vez lo notificará al experto por cualquier medio que asegure que va a tener conocimiento de ello.

- El experto no puede elaborar el informe cuando haya sido designado por el mismo Registrador en un año (art. 343 RRM).

La retribución del perito la establece el Registrador, si bien pueden solicitar una provisión de fondos a cuenta de sus honorarios.

Los peritos deben elaborar un informe con escrito razonado en un mes desde la aceptación del cargo. Si no lo hacen, el encargo caduca y el Registrador nombrará a otro perito (art. 345 RM). El informe contiene las menciones del art. 38.2 LSA (descripción de las aportaciones no dinerarias, con sus datos registrales, criterios de valoración adoptados, con indicación de si los valores a que éstos conducen corresponden al número y valor nominal, y a la prima de emisión de las acciones a emitir como contrapartida).

Los fundadores tienen exclusiva competencia para valorar las aportaciones (art. 133.1 RRM). Así, el perito sólo determina si, de acuerdo con la valoración del fundador, se cubre el valor nominal más la prima de emisión. Sin embargo, el art. 133.2 RRM establece que el Registrador denegará la inscripción si el valor escriturado supera en más de un 20% el valor atribuido por el experto. Con esto se limita la autonomía negocial de los socios y se exige al perito una valoración exacta. El informe se incorpora como anexo a la escritura y se deposita en el Registro Mercantil (art. 138.3 LSA).

2.- Realidad de las aportaciones: el art. 39 LSA establece el régimen de responsabilidad por las aportaciones no dinerarias. Si lo que se aporta son **bienes y derechos**, existe una obligación de entrega y saneamiento igual que en el C.c.; pero además, en cuanto a la transmisión de los riesgos, se aplica el art. 348 C.Co. Si son **derechos de crédito**, el aportante responde de la legitimidad del crédito, y además responde de la solvencia del deudor. Si son **empresas o establecimientos** lo que aporta, se responde con saneamiento en su totalidad si el vicio o evicción afecta a la totalidad, o un saneamiento de algún elemento esencial para su normal explotación.

RÉGIMEN DE LAS ADQUISICIONES ONEROSAS.-

Determinadas adquisiciones a título oneroso exigen aprobación de la junta general. Es una medida complementaria al régimen de aportaciones no dinerarias. La finalidad es controlar las posibles aportaciones sociales no dinerarias encubiertas, y tutelar la integridad del capital social.

El art. 41 LSA se ha introducido en cumplimiento de directivas comunitarias: contempla el supuesto de una persona que ha suscrito acciones en metálico por un determinado valor y no desembolsa una vez constituida la sociedad, y los administradores fingen comprar ciertos bienes que son las verdaderas aportaciones, y las compran por un precio procedente de la suscripción en metálico, pero el precio se paga realmente por la sociedad mediante la entrega al vendedor de las acciones que antes fueron suscritas por él simuladamente.

En estos casos, la figura del vendedor es indiferente (puede ser un socio o un tercero).

Régimen jurídico:

1.- Presupuestos de hecho: tienen que tratarse de adquisiciones de bienes a título oneroso realizadas por la sociedad en los dos primeros años desde su constitución. La adquisición es toda operación realizada en esos 2 años apta para transmitir la propiedad.

Presupuestos:

- El tipo de bienes puede ser muebles, inmuebles, o derechos, pero nunca contratos de servicios. Los servicios no pueden ser objeto de aportación.
- Tienen que ser de un importe que exceda la 1/10 parte del capital social, y puede ser en dinero, o in

natura junto con el informe del experto.

- Se tienen que llevar a cabo en los dos primeros años desde la constitución de la sociedad.

Hay 2 tipos de operaciones que se excluyen de las operaciones onerosas:

- Adquisiciones comprendidas en las operaciones ordinarias de la sociedad.
- Adquisiciones verificadas en Bolsa de Valores o en subasta pública, porque la formación objetiva del precio impide maquinaciones entre el adquirente y la sociedad.

2. – Requisitos:

- Con la convocatoria de la Junta General, tiene que ponerse a disposición de los accionistas el informe elaborado por los administradores, así como el informe elaborado por los expertos independientes. Ambos informes siempre se harán por escrito: el contenido del informe de los administradores es el del art. 159.1b LSA (debe contemplar la justificación detallada de la propuesta y el tipo de emisión de las acciones, con indicación de las personas a las que éstas habrán de atribuirse. También debe presentarse un informe realizado por el auditor de cuentas en el que se fije el valor real de las acciones de la sociedad y la exactitud de los datos contenidos en el informe de los administradores. Cuando la sociedad no esté obligada a la verificación contable, el auditor será nombrado por los administradores).
- Han de ser aprobadas por Junta General, con acuerdo por mayoría (art. 93.1 LSA). Los socios tienen derecho de información sobre los informes.
- Es necesaria la autorización para adquisición (no una autorización genérica).
- La inobservancia de este régimen legal conlleva la ineficacia del contrato.

Crítica a este régimen de aportaciones onerosas:

- Por su inaplicabilidad a los aumentos de capital.
- Si se pretende tutelar el capital social, ¿porqué se limita a los 2 primeros años?.
- No se prevé la publicidad del informe del experto independiente.
- Este régimen no se extiende a la transformación de otra sociedad en SA.

DIVIDENDOS PASIVOS.–

Son aquella parte del capital social que, de acuerdo con el principio de desembolso mínimo, rige para S.A y comanditarias por acciones. Además, ésta porción de capital social no ha sido desembolsada en el momento de suscripción de las acciones, lo cual genera una obligación del accionista frente a la sociedad.

La exigibilidad de estos dividendos pasivos se someten a un régimen especial en atención al principio de integridad del capital.

Elementos de la obligación: la LSA delimita precisamente el objeto de la obligación. El art. 42 LSA señala que recae sobre el capital social no desembolsado. El capital social no desembolsado es exigible a quien ostente la cualidad de socio en el momento de exigibilidad de la obligación de los dividendos pasivos. Los dividendos pasivos no tienen porqué ser dinerarios, sino que pueden ser no dinerarios, un cuyo caso, deberá expresarse su valor, si los futuros desembolsos se efectuarán en metálico o en nuevas aportaciones no dinerarias, en cuyo caso, ha de determinarse su naturaleza, valor y contenido, la forma y procedimiento de efectuarlas, con mención expresa del plazo de su desembolso, que no podrá ser superior a 5 años desde la constitución de la sociedad. También debe mencionarse el cumplimiento de las formalidades previstas para estas aportaciones (art. 40.2 LSA).

La exigibilidad del desembolso al que ostente la condición de socio, comprende los supuestos de usufructo de

acciones, prenda de acciones, y copropiedad de acciones (arts. 69.2 , 72.2 y 66.2 LSA respectivamente: leer). La transmisión de la condición de socio implica por tanto la transmisión de la obligación de los dividendos pasivos. Todo ello sin perjuicio de que, durante 3 años, el transmitente de las acciones responda solidariamente de su cumplimiento. La LSA impone una responsabilidad solidaria durante esos 3 años. La identificación del socio obligado, y de los socios transmitentes (que son responsables), se hace mediante un libro–registro de acciones nominativas porque las acciones parcialmente liberadas tienen necesariamente carácter de nominativas (art. 52.1 y 60.2 LSA).

Además la Ley impone una publicidad adecuada sobre el momento en el que la obligación se hace exigible, y con ello se persigue la tutela de los accionistas.

- De un lado se impone que los estatutos señalen el valor del capital social no desembolsado, la parte del valor nominal de cada una de las acciones que haya sido efectivamente desembolsado, y el plazo máximo para el desembolso de los dividendos pasivos (art. 9g y 9h LSA). Si los dividendos son de naturaleza no dineraria, tal plazo de desembolso no puede exceder de 5 años a partir de la constitución de la sociedad (art. 40.2 LSA).
- De otro lado, el desembolso se hace cuando los estatutos lo digan expresamente, y en su defecto, cuando los administradores lo decidan o acuerden. Tal acuerdo o decisión tiene que ser publicado en el BORME.

El régimen de los dividendos pasivos es de carácter especial en casos de disolución, declaración judicial de nulidad y quiebra de la sociedad. Los administradores de la sociedad son sustituidos como liquidadores o síndicos de la quiebra, que exigirán el desembolso.

La exigibilidad de la obligación se subordina a que la reintegración sea necesaria para satisfacer a los acreedores de la sociedad.

- **MORA DEL ACCIONISTA:**

La mora se produce incumplida la obligación.

- Sanciones.
- Opciones de la sociedad.

Se trata del incumplimiento de la obligación de aportar esos dividendos pasivos. Esta obligación está protegida por 2 medidas:

- La privación o suspensión de los principales derechos del socio.
- La atribución de remedios excepcionales para la reintegración .

Estas medidas entran automáticamente en juego cuando se incurre en mora, una vez vencido el plazo fijado por los estatutos o por los administradores para su pago.

En cuanto a la **privación o suspensión de los principales derechos del socio**, se refiere en el art. 44 LSA a los siguientes derechos:

- Privación del derecho de voto, que se pierde hasta que cumpla con la obligación.
- Derecho a percibir dividendos acordados por la sociedad, y es un derecho que queda en suspenso hasta el cumplimiento de la obligación.
- Derecho de suscripción preferente que sólo puede ejercer el accionista si cumple con la obligación dentro del plazo para su ejercicio.

De todo ésto se deduce que el accionista sí tiene derecho de información, y derecho a participar en la liquidación.

En cuanto a la **reintegración social**, la sociedad puede optar entre reclamar el cumplimiento de la obligación, o enajenar por cuenta y riesgo del accionista moroso sus acciones. Viene regulado en el art. 45 LSA. La reclamación puede efectuarse mediante un juicio declarativo ordinario, que se extenderá al interés legal de la cantidad debida, los daños y perjuicios de la morosidad; esta acción puede llevarla a cabo la sociedad contra el accionista moroso, cualquiera de los transmitentes siempre que no hayan pasado más de 3 años desde la transmisión, o también contra todos simultáneamente. Además del juicio declarativo ordinario, la sociedad puede entablar acción ejecutiva si la aportación es dineraria y superior a 50.000 pesetas, porque la sociedad no tiene siempre título ejecutivo contra todos los responsables (socio), sino sólo contra el suscriptor. Si las acciones se han ido transmitiendo, no tiene título ejecutivo contra los demás responsables, y tampoco frente al socio actual, y lo tendrán que obtener por otras vías. La enajenación de las acciones serán por cuenta y riesgo del socio moroso, y se llevarán a cabo a través de la Bolsa de Valores cuando la acción cotize en Bolsa, o a través de un Corredor de Comercio o Notario si no cotiza en Bolsa.

- **Responsabilidad solidaria de los socios.** El régimen de los dividendos pasivos se completa con la imposición a los transmitentes de acciones parcialmente liberadas, de una responsabilidad solidaria para su pago. Así, los transmitentes garantizan por imperativo legal el cumplimiento de una obligación que recae sobre el último adquirente (art. 46 LSA). Esta responsabilidad se impone a quienes hayan sido titulares de acciones parcialmente desembolsadas. La sociedad puede demandar a cualquiera de los sujetos responsables o a todos conjuntamente. También, iniciada la acción contra uno, cabe extenderla a todos. Esta responsabilidad tiene una duración de 3 años contados desde la fecha de la respectiva transmisión. Este plazo es un plazo de caducidad: todos los que hayan sido titulares de las acciones en los últimos 3 años contados hacia atrás, desde el día en el que el socio actual incurre en mora. Este sistema de responsabilidad se configura como rigurosamente imperativo, es decir, será nulo cualquier pacto que lo elimine o modifique.
- **La extinción de la obligación:** se produce por el cumplimiento de la obligación por cualquiera de los responsables solidarios. Si paga el socio actual, extingue la relación solidaria instaurada entre los responsables, porque se trata de un pago hecho por el deudor. Pero, si el que paga es uno de los transmitentes (responsables pero no deudores), ésta relación solidaria se extingue sólo en el plano externo, y se abre la vía de regreso, en virtud de la cual puede reclamar el pago íntegramente a cualquiera de los responsables posteriores o a todos conjuntamente.

.

TEMA 4: LAS ACCIONES.

ACCIÓN COMO PARTE DEL CAPITAL SOCIAL.–

La LSA indica que el capital social está dividido en acciones, y éstas representan partes alícuotas del capital social. Esta división es una de las características esenciales de las S.A. Sin embargo, la acción no tiene un significado unívoco. Tradicionalmente se analiza desde una triple perspectiva:

1.– La acción como expresión de la condición de socio.

2.– La acción como valor mobiliario.

3.– La acción como parte del capital social: LSA, a cada acción le atribuye un valor nominal que indica la cuantía mínima que el accionista debe aportar para su suscripción, que es distinto del valor real. El valor real es el precio que alcanzan las acciones si son vendidas a terceros, y en él inciden circunstancias económicas, políticas, etc.

Las acciones deben tener un valor nominal, pero la LSA no señala ni un máximo ni un mínimo en cuanto al valor nominal, y tampoco exige que todas las acciones posean el mismo valor nominal. Lo que sí requiere es que todas las acciones que formen una serie posean igual valor nominal. Así, la inclusión de varias acciones en una misma serie se subordina a la igualdad del valor nominal de las acciones que la integran. El valor nominal que se fije indica la aportación patrimonial mínima que para su suscripción debe realizar una persona. No es admisible la emisión de acciones por una cifra inferior a su valor nominal (art. 47.2 LSA). De lo contrario, se admitiría que una parte del capital social quedara sin reflejo patrimonial. Lo que sí es posible es la emisión de acciones con prima, en cuyo caso para la suscripción no basta con aportar la cifra del valor nominal, sino que se debe desembolsar una cantidad suplementaria. Este desembolso suplementario que quienes suscriben las acciones tienen que efectuar por encima del valor nominal, constituye la prima de emisión de acciones.

A diferencia de lo que ocurre con las aportaciones propiamente dichas, esta prima debe satisfacerse íntegramente en el momento de suscripción de las acciones. Así, el principio de desembolso mínimo no es aplicable respecto a la prima de emisión.

DERECHOS INTEGRANTES DE LA POSICIÓN DE SOCIO.–

Para ser accionista, es necesario y suficiente ser titular de al menos una acción que atribuye unos derechos y obligaciones, que tienen unos principios básicos:

- Principio de contenido mínimo de los derechos que otorga cada acción (art. 48 LSA).
- Principio de proporcionalidad en la intensidad de los derechos según el valor nominal de las acciones de los socios. Se complementa con el principio de igualdad de trato entre los accionistas

El art. 48 LSA establece los derechos de contenido mínimo:

- Derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación.
- Derecho de suscripción preferente en la emisión de obligaciones nuevas y de obligaciones convertibles.
- Derecho de asistir y votar en las Juntas Generales e impugnar los acuerdos sociales.
- Derecho de información.

No son derechos inderogables, sino que es posible bien para una determinada clase de acciones (acciones sin voto), bien para un caso concreto. No es un artículo taxativo, porque existen derechos que no se recogen. Ej. Derecho de voz, de transmitir las acciones, etc.

La doctrina tradicionalmente ha clasificado los derechos en económicos o patrimoniales, y políticos o administrativos. Hay un derecho que tiene naturaleza mixta: el de suscripción preferente. También habla de una categoría: los derechos de minoría, que son los que se atribuyen a uno ó más socios cuando individual o colectivamente reúnan un determinado porcentaje del capital social (5%). Todos los demás derechos son individuales del accionista.

DERECHO A PARTICIPAR EN EL REPARTO DE LAS GANANCIAS SOCIALES.

Es un derecho mínimo del accionista. Constatada la existencia de beneficios en un ejercicio económico, la Junta General resuelve sobre el destino de estas ganancias (o pérdidas): art. 213 LSA.

La junta es libre para adoptar un acuerdo para repartir dividendos, o para destinar los beneficios a reservas voluntarias (no el libre para destinarlos a reservas legales porque éstas están siempre impuestas por Ley). Por tanto se distinguen dentro de este Derecho otros dos derechos:

- **Derecho abstracto a participar en los beneficios (art. 48 LSA).** No concede al accionista acción alguna para exigir el pago de ninguna cantidad. Así, el accionista, antes del acuerdo en junta general sobre el destino de los dividendos, no puede reclamar nada. Si la junta general decide aplicar los beneficios a reservas voluntarias, el accionista no puede reclamar, salvo que en los estatutos se le asegurase dividendo concreto, en cuyo caso estaríamos ante una acción, y podría impugnar el acuerdo de la junta general.
- **Derecho concreto al dividendo:** surge cuando la junta general acuerda el reparto de beneficios entre los accionistas. Desde la adopción de éste acuerdo, el accionista tiene un derecho de crédito contra la sociedad. En el acuerdo se determina el momento y forma de pago, fijándose la cuantía en proporción al valor desembolsado inicialmente (el 25% o más si se aportó más) por cada uno.

En cuanto al **derecho a la cuota de liquidación**, es un derecho de carácter patrimonial que ostenta el accionista en abstracto desde que suscribe y desembolsa el valor de la acción, valor que espera recuperar incrementado con las ganancias no distribuidas o reducido por las pérdidas; pero sólo tras la aprobación por la junta general del balance final de liquidación se convierte en un derecho de crédito efectivo contra la sociedad. También por el principio de igualdad de trato, debe pagarse en proporción al valor nominal de las acciones, a no ser que se hayan establecido privilegios para alguna clase de acciones.

Si todas las acciones no se hubiesen liberado en la misma proporción, se restituirá en primer lugar a los accionistas que hubieran desembolsado mayores cantidades, y en 2º lugar a los que hubieran desembolsado menores cantidades. Después de satisfacer a los primeros, el resto se distribuye en proporción al importe nominal de las acciones.

Para el caso de que hubiera pérdidas, también se reparten proporcionalmente. En principio, el derecho consiste en dinero en efectivo, pero puede ser en especie, para lo cual es necesario el consentimiento unánime (art. 277 LSA).

DERECHO DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE.

No se pueden suscribir acciones preferentemente si no son de emisión nueva. Vienen reguladas en el art. 158 LSA. Tienen un carácter mixto: patrimonial y político.

Se trata de un derecho reconocido a los antiguos accionistas y titulares de obligaciones convertibles, otorgando el derecho a suscribir en un aumento de capital con emisión de acciones nuevas, un número de acciones proporcional al valor nominal de las acciones que posean o de las que corresponderían a los titulares de obligaciones convertibles en caso de ejercitar en dicho momento la facultad de conversión.

Características:

- Es un derecho político porque sirve para conservar la posición relativa que poseía el accionista en la sociedad antes del aumento del capital social. Por eso, no se pueden establecer privilegios en relación con este derecho (art. 50.2 LSA).
- Es un derecho patrimonial porque sirve para conservar el valor real de las acciones o la participación del socio, y en ese sentido, es transmisible separado de la acción.
- Derecho irrenunciable e inderogable en la escritura fundacional y en los estatutos.
- Es renunciable y derogable o excluible por la junta general en un concreto aumento de capital.
- Es potestativo porque, para su ejercicio, requiere conducta positiva del titular, suscribiendo acciones, desembolsando el mínimo, etc.
- Su ejercicio tiende a conservar el valor patrimonial y conservativo de las acciones, es decir, el valor real de la acción.
- Es un acto de la administración.

Los **titulares del este derecho** son:

- Los que el art. 58 LSA llama accionistas: significa que será titular el que sea titular de la acción en el momento en que nace el derecho de suscripción preferente, que es cuando se acuerda por junta general realizar una ampliación de capital. A partir de ese momento, el derecho se puede transmitir con la acción, separado de la acción, una vez separado de la acción transmitir sólo la acción, ... Es un derecho adosado a la acción.
- Titulares de derechos convertibles.

No pueden ser titulares:

- Los titulares de bonos de disfrute (art. 48.3 LSA).
- Los fundadores y promotores (art. 11 LSA): no pueden reservarse este privilegio en desigualdad de condiciones por ser un privilegio político (además de económico); no pueden reservarse este derecho en mayor proporción que el resto de los socios.
- La propia sociedad no puede suscribir acciones nuevas porque el art. 79.1 LSA dice que las acciones acrecerán a los demás accionistas. Si la sociedad como persona jurídica las suscribiera ella, ¿con qué capital iba a desembolsar?.

Contenido de este derecho: tienen que cumplirse 2 presupuestos:

- La condición de accionista en el momento de adoptarse el acuerdo de un aumento de capital o ser causahabiente.
- Un aumento de capital con emisión de acciones nuevas, es decir, que las acciones deben emitirse para suscripción pública.

Art. 158 LSA: acciones que corresponden a cada accionista: en proporción al valor nominal de las acciones que ya posea. Una vez suscritas las acciones, no tiene derecho a acrecer con respecto a las acciones que los demás socios no hayan suscrito. Así los administradores podrán ofrecer las acciones a terceros o a los accionistas o personas que ellos prefieran (no hay arbitrariedad porque la oferta pública ya se ha hecho). Lo normal es que la junta general en acuerdo de emisión o en los estatutos prevean otras soluciones: Ej. Pueden establecer que se hagan sucesivas ofertas en la misma proporción o con otros acuerdos; también que los socios adquirirán las acciones a título reductible es decir, hasta un tope máximo suscriben todas las acciones que les toca.

Se puede limitar o excluir este derecho por acuerdo de la junta general: esta exclusión del derecho sólo la puede llevar a cabo la junta general, no los administradores. Existen unas garantías para ésta exclusión total o parcial del derecho:

- El acuerdo de la junta general sobre el aumento de capital tiene que cumplir los requisitos del art.144 LSA (leer).
- Incluir en la convocatoria que proponga suprimir ese derecho, el tipo de emisión de las nuevas acciones y la propuesta de excluir total o parcialmente el derecho de suscripción preferente.
- Los administradores tienen que hacer un informe justificando detalladamente esa propuesta, es decir, justificando porqué es de interés para la sociedad esta propuesta de suscripción preferente.
- El precio de estas acciones nuevas se corresponde con el valor real que resulte del informe de auditoría. Estará integrado por la acción más la prima de emisión (es un desembolso suplementario) en el caso de que exista, lo cual interesa a la SA cuando necesita una inyección de capital externo (Las primas de emisión deben desembolsarse en el momento de su suscripción).

Las causas de exclusión del Derecho de suscripción preferente puede ser cualquiera que sea el interés de la sociedad que exija en cada momento.

El art. 159 LSA establece además otros tres supuestos de exclusión:

- Fusión por absorción de la sociedad.
- Escisión.
- Conversión de las obligaciones en acciones.

Permite una supresión total o parcial del Derecho. Cuando es parcial, sólo una parte de las acciones emitidas son excluidas de este derecho, pero si se toma esta medida, debe afectar por igual a todos los accionistas por el principio de igualdad de trato.

El ejercicio del derecho de suscripción preferente: el art. 158 LSA establece el derecho en la emisión de acciones ordinarias y privilegiadas, y no establece distinciones entre los antiguos accionistas en atención a la clase de acciones que posean, si bien se exige un acuerdo mayoritario de la clase especial de acciones que sufran perjuicio. (perjuicio es la exclusión del derecho, art. 148 LSA).

Este derecho de suscripción preferente se ejercita suscribiendo las acciones en el plazo y forma fijados en el acuerdo de la junta general, que debe ser mínimo un mes, que es un plazo de caducidad (si no se ejerce, se pierde). También se puede ejercitar mediante representación.

Este derecho se puede transmitir conjuntamente con la acción, separadamente de la acción, etc.

La renuncia a este derecho puede ser mediante su no ejercicio en el plazo fijado, o mediante declaración expresa unilateral.

El derecho de suscripción preferente no es lo mismo que el derecho de asignación gratuita de acciones correspondientes a un aumento de capital con fondos propios: en un aumento de capital por transformación de las reservas que tiene la sociedad, reservas que ya figuraban en el patrimonio social. La diferencia es que no hay emisión pública de acciones. Si no hay emisión pública de acciones, tampoco puede haber suscripción, y si no hay suscripción, no puede haber derecho de suscripción preferente. La confusión viene porque en el art. 158.3 se equiparan ambos derechos sólo en que será transmisible en las mismas condiciones que las acciones de que derive.

DERECHO DE ASISTENCIA Y DERECHO DE VOZ:

Arts. 48 y 104 LSA.

El art. 104 dice que ni todos los accionistas tienen derecho inderogable de asistencia, ni es un derecho exclusivo de los accionistas, porque los estatutos pueden privar de este derecho a los que no reúnan el número mínimo de acciones, sin perjuicio de que puedan agruparse y nombrar un representante común que asista a la junta.

La LSA reconoce el derecho de asistencia a las juntas con voz pero sin voto, a aquellas personas que no son accionistas; en todo caso, los administradores deben siempre asistir a las juntas generales, y la invitación a asistir a las mismas a personas ajenas la hace la junta por acuerdo mayoritario. El presidente de la junta general puede autorizar la asistencia de cualquier persona que juzgue conveniente aunque la junta puede revocar esta autorización. Existe la posibilidad de limitar el derecho de asistencia por vía estatutaria (art. 105 LSA).

El derecho de voto no está expresamente recogido en la LSA. Sin embargo, los arts. 9 y 112 LSA lo presuponen.

DERECHO DE VOTO:

Art. 48 LSA. Ha tenido un carácter fundamental; ahora no deja de serlo, pero hoy existen las acciones sin

voto.

Es un derecho que no puede concebirse como una obligación. Este derecho puede ejercerse individual o colectivamente. Si se ejerce colectivamente, será mediante los sindicatos de voto. Ambas formas de ejercicio respetan el principio de proporcionalidad en atención al valor nominal de las acciones. El TS y la Dirección General de Registros y Notariado han considerado que el caso del voto dirimente del Presidente de la junta general en caso de empate era un supuesto de voto plural.

Además existe un supuesto de excepción a este principio de proporcionalidad: por limitación estatutaria (art. 105.2 LSA), y las acciones sin voto, en las cuales no se limita, sino que se excluye el derecho de voto. La limitación estatutaria consiste en poder exigir que un mismo accionista o sociedades pertenecientes al mismo grupo puedan emitir sólo un n° máximo de votos.

DERECHO DE REPRESENTACIÓN:

Todo accionista tiene derecho, sin ceder ninguno de sus derechos, a ser representado en junta general, ejercitándose así en su nombre y por su cuenta los derechos de asistencia, voz, información y voto.

La representación puede ser legal (en caso de herencia, quiebra), o voluntaria, que es otorgada por el accionista de forma general o especial, es decir, para una junta determinada o para todas.

El régimen de representación se regula por los arts. 106 – 108 LSA.

ART. 106 LSA: todo accionista tiene derecho de asistencia y puede hacerse representar en la junta general. Puede ocurrir que se exija la agrupación de acciones en caso de que se tenga por números de acciones. Los requisitos generales de representación voluntaria en la junta general son:

- Tiene que ser conferido por escrito.
- Con carácter especial para cada junta que se celebre.
- Si el poder no se encuentra escrito, la junta general es nula: el representante que acude a la junta general con un poder sin conferir por escrito anula la junta general, y no se puede subsanar por ratificación del representado. Además, se impide otorgar la facultad de sustituir la representación ni los poderes en blanco. La representación se puede conferir para cualquier tipo de junta.

ART. 107 LSA: Requisitos especiales. La LSA llama solicitud pública de representación al caso en que el representante tome la iniciativa, dirigiendo a los accionistas una oferta de mandato de representación para una determinada junta. Se aplica este artículo cuando:

- Los administradores de la sociedad o las entidades depositarias de las acciones, o los encargados del registro de anotaciones y cuentas, soliciten para sí o para otro ostentar la representación.
- La solicitud se formule de forma pública, es decir, generalizadamente.
- Cuando una persona ostente representación de más de 3 accionistas.

En estos supuestos, los requisitos son:

- Documento en el que conste el poder deberá contener el orden del día; la solicitud de instrucciones para el ejercicio del derecho de voto; la indicación del sentido en que votará el representante en caso de que no se impartan instrucciones precisas.
- Cabe la posibilidad de que cuando no se hayan dado instrucciones o se han dado instrucciones que perjudican al socio, el representante puede alterar las instrucciones dadas por el representado para que éste no se vea perjudicado (art. 107.2 LSA).

ART. 108 LSA: no se aplican los requisitos de los artículos anteriores. Se refiere a lo que la Ley llama representación familiar: no se aplican los arts. 106 y 107 LSA cuando:

- El representante sea cónyuge, ascendiente o descendiente del representado.
- El representante ostente el poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tuviere en el territorio nacional.

Se puede deducir de este artículo 108 que:

- No se aplica el 107 porque no hay solicitud pública de representación.
- No se aplica el requisito de poder especial para la junta del 106.
- Es necesario que el poder conste por escrito.

SINDICATOS DE VOTO:

(Incluir en el ejercicio colectivo del DERECHO DE VOTO).

Estos sindicatos son muy comunes en las grandes S.A. Se forman grandes grupos de accionistas que refuerzan su posición relativa respecto a otros grupos y en su caso, conservan el control de la S.A. vinculando su voto a una estrategia unitaria.

Su naturaleza es de contratos asociativos o de organización. Tanto la doctrina como la jurisprudencia admiten su licitud como un pacto entre socios, inoponible a la S.A., cuyo incumplimiento por los socios miembros del sindicato no impide la validez de los acuerdos adoptados, si bien origina una responsabilidad por daños y perjuicios por su incumplimiento.

DERECHO DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES (T-5: última pregunta):

Tutela los distintos intereses que concurren en una S.A., justificando la existencia de un régimen para la impugnación de los acuerdos sociales. Esta facultad se regula en los arts. 115– 122 LSA, y establece una normativa distinta según se trate de un acuerdo nulo o anulable. En ambos casos, se procede a la impugnación, salvo que el mismo haya sido dejado sin efecto o haya sido sustituido válidamente por otro acuerdo.

Los **acuerdos nulos** son los contrarios a la Ley. Es una norma imperativa o prohibitiva. Están legitimados para impugnar los acuerdos todos los accionistas de la S.A., los administradores, y cualquier tercero que acredite interés legítimo. La acción se dirige contra la S.A. Se ejercitará en el plazo máximo de 1 año contado desde la fecha del acuerdo, y, si es inscribible el acuerdo, desde su publicación en el BORME.

Los **acuerdos anulables** son los contrarios a los estatutos sociales y aquellos que lesionen directa o indirectamente los intereses de la S.A. en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros. Están legitimados los administradores, los accionistas asistentes a la junta general y que hicieron constar su oposición al acuerdo en el acta, los ausentes en esa junta, y los que hubieran sido privados ilegítimamente del derecho al voto. El plazo máximo es de 40 días desde la adopción del acuerdo, y, si fuera inscribible, desde la publicación en el BORME. Las acciones de impugnación se sustancian ante el juez de primera instancia del lugar donde la sociedad tenga su domicilio social, siguiendo las normas de la LEC para los juicios y procedimientos de menor cuantía, cabe acumulación de causa y cabe solicitar suspensión del acuerdo cuando los accionistas representen un 5% del capital social.

DERECHO DE INFORMACIÓN:

Es un derecho instrumental, independiente del voto, pero relacionado con él. Viene regulado en el art 48 LSA, con 2 facultades para el accionista en los arts. 112 y 112.2 LSA.

El art. 212.2 LSA dice que es un deber de información contable, mediante revisión gratuita de documentos a solicitud del accionista.

El art. 112 LSA dice que es un derecho de información general, y significa que los accionistas tienen un derecho de información verbal, por solicitud verbal en la misma junta, y pueden obtener esa información verbal en la junta.

Así mismo, tienen derecho a solicitar por escrito información antes de la junta con respecto a los puntos del orden del día. Los administradores están obligados a suministrar los datos requeridos, aunque en ningún caso se puede conceder por esta vía al socio un examen exhaustivo de la contabilidad. Esta obligación del administrador decae si el presidente de la junta ejercita su facultad de prohibir la información. Esta facultad del presidente decae cuando la solicitud de información esté apoyada por accionistas que representen la cuarta parte del capital social (esta cuarta parte es un caso de derecho de minoría). Este derecho de la minoría puede revocarse frente a esta petición por los administradores de que este derecho a exigir información es de mala fe o con abuso.

(Relacionar el tema del derecho a la información con los derechos del accionista en relación a la competencia, especialmente en la información exhaustiva contable).

CLASES DE ACCIONES.-

La LSA permite crear acciones que tengan distinto contenido de derechos (art. 49.1 LSA). Esta diversidad origina el concepto de clases de acciones, así éstas estarán formadas por todas las acciones que posean idénticos derechos.

Existe la necesidad de constar la división del capital social en clases de acciones en los estatutos (art. 9 g LSA). La función de las clases de acciones es atraer nuevas inversiones mediante el reconocimiento a su titular de privilegios de carácter económico, y también tiene una función de preservar el equilibrio de poderes en la S.A. mediante la atribución distinta del derecho de voto.

Además de estos privilegios, el accionista recibe una tutela específica, de forma que, para la modificación estatutaria válida que lesione directa o indirectamente los derechos de una clase de acciones, se exige acuerdo de la junta general y aprobación por la mayoría de acciones pertenecientes a la clase afectada (art. 148).

Para constituir clases de acciones, la Ley admite que sea en el momento de constitución de la S.A., o después por modificación estatutaria (art. 50 LSA). La creación no es absolutamente libre, sino que hay 2 prohibiciones:

- Invalidez de la creación de acciones con derecho a percibir un interés (los intereses son a los créditos como los dividendos a las acciones; las acciones se retribuyen por dividendos mientras que los créditos generan intereses, por lo que un accionista no puede percibir un interés de la S.A. cuando sea acreedor social y accionista).
- Invalidez de la creación de acciones que directa o indirectamente alteren la proporción entre valor nominal de la acción y el derecho de voto o derecho de suscripción preferente.

Esta diversidad no es predicable de todos los derechos reconocidos al accionista, pero sí lo es en el ámbito de derechos patrimoniales, y el supuesto tipo es la distinta atribución del derecho a participar en las ganancias sociales y patrimonio resultante de la liquidación.

Por el contrario, no caben desigualdades en el derecho de suscripción preferente, asistencia, impugnación de acuerdos, e información. Donde sí es admisible la diversidad es en la atribución del derecho de voto porque la Ley lo admite expresamente (único caso).

¿Es posible incumplir el régimen de proporcionalidad del derecho de voto?. No esn cuanto a las acciones ordinarias, pero sí en cuanto a las acciones sin voto, porque la Ley lo admite expresamente.

ACCIONES SIN VOTO.-

Es una novedad de la LSA de 1989.

Es un instrumento para obtener capital y control social, pero son verdaderas acciones porque:

- **Constituyen una parte alícuota del capital social y participa en las ganancias y en las pérdidas.**
- **Poseen todos los mismos derechos del accionista menos el de voto.**
- **Poseen en cierto modo el derecho de voto en 2 supuestos: en caso de recuperación del derecho de voto, y en caso de que se trate de una junta especial.**
- **Son verdaderas acciones porque se aplican las mismas normas de documentación, representación, derechos reales, participaciones recíprocas, prestaciones accesorias, etc.**

Son acciones privilegiadas por imposición legal, porque deben incorporar unos privilegios económicos mínimos en relación con el derecho al dividendo que los estatutos pueden ampliar (los estatutos pueden ampliar este privilegio con un tope de un pacto leonino).

La privación del derecho de voto no es ni total, ni definitiva; poseen derecho al voto si, mediante modificación estatutaria, se pretende lesionar directa o indirectamente sus privilegios (art.148 LSA).

Se puede recuperar el derecho al voto si no se les paga el dividendo mínimo o privilegiado en un ejercicio, o también si el capital social se reduce por pérdidas y se amortizan las acciones con voto (art. 91.1.2 y art. 92.2 LSA).

El art. 90 LSA sobre la emisión de acciones sin voto establece que el valor nominal de las acciones sin voto no puede sobrepasar la mitad del capital social desembolsado. Esta emisión puede hacerse en el momento constitutivo de la sociedad, o con posterioridad mediante una modificación de los estatutos. Esta modificación puede ser mediante un aumento de capital en el que todos los antiguos accionistas tienen derecho de suscripción preferente, o bien mediante la conversión de las acciones ordinarias (se convierten en acciones sin voto), con el consentimiento del accionista afectado.

El dividendo privilegiado viene a ser los beneficios económicos. El art. 91 LSA establece un doble privilegio en las pérdidas y en las ganancias a las acciones sin voto.

En cuanto a las ganancias, este dividendo es preferente, y supone:

- **Por un lado, un verdadero derecho a la distribución de los beneficios que normalmente no tienen los accionistas en la ley española, porque la junta general puede acordar no repartir los beneficios. El privilegio consiste en un derecho a percibir un dividendo anual mínimo del 5% del capital desembolsado de cada acción.**
- **Por otro lado, el dividendo preferente es un derecho que da lugar a un dividendo privilegiado.**

Nos encontramos ante un derecho al dividendo, y no ante un derecho a un crédito, porque depende de la existencia de beneficios, ya que sólo nace con el acuerdo de distribución por parte de la junta general.

Es un derecho preferente porque lo es con respecto al reparto que la junta general pueda acordar a favor de todos los accionistas.

Es acumulable, es decir, cuando en un ejercicio no se distribuya total o parcialmente la parte no abonada por

falta de beneficio repartible o porque la junta general ha acordado no distribuirlos, es acumulable porque debe ser pagado dentro de los 5 ejercicios siguiente (se irá pagando el 1º de los 5 ejercicios sin pagar). Es un plazo de caducidad. Este supuesto de derecho acumulable es el primer supuesto de recuperación de voto: mientras no se le pague, recupera el derecho de voto (que normalmente no tiene), y lo vuelve a perder cuando se le paga. Hay un problema que no resuelve la Ley y que convendría que lo resolvieran los estatutos, que es el de la prelación del privilegio derivado de la acumulación y el ejercicio: si hay 5 años atrasados sin pagar el 5% y al 6º año ya hay fondos para pagar el 5% de uno de los años, ¿se paga antes el 1º de los atrasados, o se paga el actual que es el 6º?. Parece que se pagaría el 1º de los 5 años atrasados. Una vez que el dividendo mínimo se haya pagado, el titular de la acción tiene el mismo dividendo que se reparta a las acciones ordinarias.

Las acciones sin voto tienen un **privilegio especial en la reducción de capital social por pérdidas**. En este caso, los derechos de las acciones sin voto quedan afectados cuando la reducción supere el valor nominal de las restantes acciones. Ante una reducción de capital, pueden darse 2 situaciones:

- Que el valor nominal de las acciones sin voto exceda de la mitad del capital desembolsado: aquí, los derechos de las acciones sin voto no se modifican (éste es el privilegio), pero en el plazo máximo de 2 años, tienen que restablecer esa proporción del art. 90 con una sanción: si no se restablece, es causa de disolución de la sociedad.
- La amortización de todas las acciones con voto: se reconoce el derecho de voto a la acción sin voto hasta que se restablezca otra vez la proporción legal, es decir, coincide con el 2º supuesto de recuperación del derecho de voto.

Otro privilegio es el **privilegio de preferencia en el reembolso del valor desembolsado de las acciones en la liquidación de la sociedad**, es decir, en caso de liquidación de la sociedad, se reconoce a la acción sin voto el derecho a obtener el valor desembolsado antes de que se distribuya cantidad alguna a las restantes acciones. Los estatutos pueden ampliar este derecho.

La acción sin voto goza además de todos los demás derechos que lleva incorporada la acción salvo el derecho de voto, y cobra especial relevancia el derecho de suscripción preferente.

La **protección de los derechos de las acciones sin voto** se lleva a cabo a través de los artículos 148 (protección genérica), y 92.3 LSA (protección específica):

- ART. 148 LSA: para que sea válida una modificación estatutaria que lesione directa o indirectamente los derechos de una clase de acciones, tiene que haber sido acordada por la junta general conforme a los requisitos legales, así como por la mayoría de las acciones pertenecientes a la clase afectada; cuando sean varias las clases afectadas, será necesario el acuerdo separado de cada una de ellas. Cuando la modificación estatutaria afecte sólo a una parte de las acciones pertenecientes a la misma clase y suponga un trato discriminatorio entre las mismas, se considerará que constituyen clases independientes las acciones afectadas y las no afectadas por la modificación, siendo necesario por tanto el acuerdo separado de cada una de ellas.
- ART. 92.3 LSA: toda modificación estatutaria que lesione directa o indirectamente los derechos de las acciones sin voto, exigirá el acuerdo de la mayoría de las acciones pertenecientes a la clase afectada.

LA ACCIÓN COMO VALOR MOBILIARIO.–

Las acciones pueden estar representadas mediante título-valor, o mediante anotación en cuenta. En ambos casos se considerarán valores mobiliarios (art. 51 LSA).

Los **valores mobiliarios** son valores emitidos en masa susceptibles de cotización en mercados de valores secundarios, y sometidos a una intervención por un fedatario público a la hora de su transmisión.

La acción como valor mobiliario, si es un **título-valor**, el art. 53 LSA exige que contenga una serie de menciones (denominación y domicilio de la sociedad, datos identificadores de su inscripción en el Registro Mercantil, NIF, el valor nominal de la acción, su nº, la serie a que pertenece, y, si es privilegiada, los derechos especiales que tiene; su condición de nominativa o al portador, las restricciones a su libre transmisibilidad cuando se hayan establecido, la suma desembolsada o la indicación de estar la acción completamente liberada, las prestaciones accesorias, la suscripción de uno o varios de los administradores, y, si se trata de acciones sin voto, se hará constar en el título).

El art. 52 LSA consagra el derecho del accionista al título, significando que tiene derecho al título que le corresponda libre de gastos. Además de este título, existen los **títulos o acciones múltiples**, que representan 2 ó más acciones pertenecientes a una misma serie (cuando se habla de serie de acciones, se refiere a acciones con el mismo valor nominal, mientras que cuando se habla de clase de acciones, se está refiriendo a acciones con los mismos derechos).

La LSA permite la existencia de los **títulos sustitutivos de los títulos-acciones** (arts. 54 y 55 LSA). Éstos títulos sustitutivos no impiden que el accionista exija su título verdadero. La función de los títulos sustitutivos es representar o sustituir a los verdaderos títulos-acciones. Hay 3 clases de títulos sustitutivos:

- Títulos que sirven para legitimar al accionista frente a la sociedad para el ejercicio de sus derechos. Ej. Resguardos provisionales de acciones, certificados de inscripción en el libro-registro de acciones nominativas. En relación a éstos, la LSA sólo legitima al titular de una acción nominativa si se encuentra inscrito en el Registro de Acciones Nominativas.
- Títulos que conceden una legitimación limitada para el ejercicio de un derecho o acto concreto. Ej. Resguardos de depósito, extractos de inscripción múltiple.
- Títulos que sólo sirven para exigir la restitución de los títulos-acciones de quien los tenga en depósito. Ej. Resguardo de depósito.

Las **clases de títulos-acciones** según su Ley de Circulación son:

- Títulos al portador: su transmisión se regula en el art. 56 LSA: antes de que se entreguen los títulos, su transmisión opera como una cesión de créditos (art. 348 C.Co.: el cedente responde de la legitimidad del crédito y de la personalidad con que hizo la cesión, pero no de la solvencia del deudor, salvo pacto expreso). Pero, si la sociedad ya ha entregado el título, la transmisión opera mediante un título justo de transmisión (art. 545 C.Co.: no estará sujeto a reivindicación el título cuya posesión se adquiera por un 3º de buena fe y sin culpa grave. Quedarán a salvo los derechos y acciones del legítimo propietario contra los responsables de los actos que le hayan privado del dominio). En cuanto a la legitimación, para que el accionista pueda ejercer sus derechos, su legitimación se cumple con el simple depósito en la forma que se indique en los estatutos, y en su defecto, con el depósito del certificado acreditativo del depósito de los títulos en una entidad autorizada (o se deposita como dicen los estatutos, o se deposita el certificado que acredita que se ha depositado en tal entidad autorizada). Cualquiera puede ser su titular, es decir cualquiera puede cobrar el título al portador.
- Títulos nominativos: su característica principal es que en el documento figura el nombre del titular, y sólo él está legitimado para transmitir esas acciones y para ejercer los derechos que las mismas incorporan. El art. 56 LSA regula su transmisión: si los documentos (=títulos nominativos) no se han entregado, se puede transmitir como cesión de créditos, pero si ya se han entregado, se transmiten mediante el **endoso**, que es una declaración incorporada al documento por la que se transmite a otra persona el derecho incorporado al título, ordenando la legitimación de esta nueva persona. La legitimación corresponde al titular de las acciones nominativas, que debe estar inscrito en el libro-registro de acciones nominativas. Los administradores tienen obligación de inscribir a los primeros accionistas y a los sucesivos adquirentes. No es un libro contable, sino corporativo, por lo que es accesible a todos los socios.

Esta forma nominativa de las acciones es preceptiva:

- Mientras no se haya desembolsado íntegramente el importe de la acción.
- Cuando su transmisibilidad esté sujeta a restricciones.
- Cuando lleven aparejadas prestaciones accesorias.
- Cuando lo dispongan las leyes o disposiciones especiales.

La tendencia es ir hacia una nominatividad (porque ofrece mayor seguridad jurídica).

En cuanto a las **anotaciones en cuenta**, son la reforma más importante de la LSA de 1989. Se trata de admitir la representación de acciones mediante bases de datos o registros informáticos, es decir el documento se sustituye por un registro informático.

Hay una entidad encargada de hacer ese registro contable, y tiene una responsabilidad enorme: la entidad gestora tiene, por tanto, doble responsabilidad: frente a la sociedad, y frente a terceros.

Representación de las anotaciones en cuenta: se constituyen mediante una base de datos informática. Deben cumplir las menciones del art. 53 LSA, salvo la mención de la expresión de su condición de nominativa o al portador (c), y no es necesaria la suscripción de los administradores (g). Legitimación: se condiciona a la presentación de un documento escrito expedido por la entidad gestora, que se llama certificado de anotación contable: no es un título-valor, pero sí tiene fuerza ejecutiva. Transmisión: a través de una transferencia contable y una inscripción del nuevo titular (art. 56 LSA).

CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE LA LIBRE TRANSMISIBILIDAD DE LAS ACCIONES.-

La libre transmisibilidad de las acciones es un principio de la S.A, y está implícito en el concepto de acción como valor mobiliario. Sin embargo, este derecho no figura en el art. 48 LSA, y cabe que se le apliquen unas limitaciones, las cuales tienen 3 orígenes:

- Legal: Ej. Art. 62 LSA: no se pueden transmitir las acciones antes de la inscripción de la sociedad o del acuerdo de aumento de capital social en el Registro Mercantil.
- Convencional: es decir, un pacto entre los socios, que no será oponible a la sociedad.
- Estatutario: sí es oponible a la sociedad y al adquirente de la acción porque se contiene en los estatutos..

Las restricciones estatutarias deben reunir 3 requisitos (art. 43 LSA):

- Deben recaer sobre acciones nominativas.
- Deben figurar expresamente en los estatutos.
- Son nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente imposible la transmisión de la acción.

Las restricciones estatutarias pueden ser de 3 clases:

- Cláusulas de tanteo o de adquisición preferente: consiste en reconocer un derecho de tanteo o de adquisición preferente a todos los accionistas, a algunos sólo, a la sociedad, o a un tercero.
- Cláusulas que determinan unos requisitos personales que el adquirente debe reunir para ser titular de las acciones.
- Cláusulas de consentimiento o autorización: condicionan la efectividad de la transmisión a una autorización o aprobación de un órgano social (generalmente, el órgano de administración). Pero estas cláusulas deben reunir los requisitos del art. 63 LSA: deben estar recogidas expresamente en los estatutos; salvo prescripción contraria de los estatutos, deben ser los administradores los que concedan o denieguen la autorización de la transmisión; transcurrido el plazo de 2 meses desde la solicitud de autorización sin que

los socios hayan contestado, se entiende que la autorización se concede (silencio positivo).

Existen otras cláusulas llamadas **supuestos especiales**, que se regulan en los arts. 64 y 65 LSA:

- El art. 65 LSA establece el supuesto de que la transmisión sea de acciones que lleven aparejadas prestaciones accesorias, en cuyo caso, necesitarán la autorización de la sociedad para su transmisión, conforme al art. 63 LSA antes mencionado.
- El art. 64 LSA establece que, en principio, las restricciones se aplican a las transmisiones inter vivos, por lo que dice que serán aplicables a las adquisiciones por causa de muerte sólo cuando los estatutos así lo prevean.

Estas restricciones se pueden introducir:

- En el momento fundacional: si los estatutos inicialmente las preveían.
- En un momento posterior, mediante modificación estatutaria, en cuyo caso, los accionistas que no hayan votado a favor de esa restricción, tienen 3 meses desde la publicación del acuerdo en el BORME para que puedan transmitir las acciones (art. 146 LSA).

DERECHOS REALES DE LA ACCIÓN.–

- Art. 66 LSA: copropiedad.
- Arts. 67–71 LSA: usufructo.
- Art. 72 LSA: prenda del usufructo.
- Art. 73 LSA: embargo de acciones.

COPROPIEDAD: es una acción que se tiene a título de copropiedad entre varias personas. Los derechos que conlleva la acción en copropiedad pertenecen a todos, pero los debe ejercitar uno de esos copropietarios en nombre de los demás, como si fuera su representante. Los copropietarios responden solidariamente frente a la sociedad de todas las obligaciones derivadas de la condición de accionista.

USUFRUCTO: el nudo propietario de la acción sigue teniendo la condición de socio, pero el usufructuario es el que tiene derecho a percibir los dividendos. Los derechos inherentes a la condición de accionista deben ser ejercitados por el nudo propietario, pero, si éste no los ejercita y con ello perjudica al usufructuario, éste puede ejercitarlos. Las relaciones entre el nudo propietario y el usufructuario rigen por lo que diga el título constitutivo del usufructo, en su defecto, por la LSA, y supletoriamente, por el C.c.

PRENDA: es un derecho real de garantía que, para asegurar el cumplimiento de una obligación, otorga a su titular el poder sobre una cosa mueble que le permite poseerla y, si se incumple aquélla, realizarla. Corresponde al empresario el ejercicio de los derechos que conlleva la acción salvo que los estatutos dispongan lo contrario. El acreedor pignoraticio está obligado a facilitar el ejercicio de estos derechos. Si el propietario de la acción incumpliese la obligación de desembolsar los dividendos pasivos, el acreedor pignoraticio podrá cumplir por sí esta obligación o proceder a la realización de la prenda.

EMBARGO: se aplican las mismas normas que para la prenda, siempre que sea compatible con el régimen específico del embargo.

NEGOCIOS SOBRE LAS PROPIAS ACCIONES.–

Es un régimen recogido en los arts. 74–89 LSA: es una normativa rigurosa y protectora, que intenta evitar una desvalorización y también los abusos de control (aunque no lo consigue). Este régimen incluye:

- Una prohibición de suscribir acciones propias o de su sociedad dominante (estamos hablando de grupos de

sociedades, en que la sociedad dominante tiene el control sobre las filiales, tiene mayor volumen de negocio, y tiene autonomía financiera).

- Tiene una regulación, que no prohibición, de otros negocios sobre las propias acciones y sobre las acciones de la sociedad dominante, y sobre participaciones accionariales recíprocas.
- Tiene un sistema de comunicación de participaciones recíprocas como presupuesto a la transparencia del mercado.

Este sistema además ofrece:

- El concepto de sociedad dominante: es la sociedad que, directa o indirectamente, disponga de la mayoría de los derechos de voto de otra sociedad o que, por cualesquiera otros medios, pueda ejercer una influencia dominante sobre su actuación (art. 87 LSA).
- El art. 88 LSA regula la persona interpuesta: al no poderse suscribir acciones propias ni de la sociedad dominante, la persona interpuesta las suscribe como un tercero: esto supone la nulidad de la suscripción.
- Un régimen de sanciones administrativas: art. 89 LSA: las infracciones en cuanto a la prohibición de suscripción de acciones propias o de la sociedad dominante se sancionan con multa de hasta el valor nominal de las acciones suscritas, adquiridas por la sociedad o por un tercero con asistencia financiera, o aceptadas en garantía, o, en su caso, las no enajenadas o amortizadas. Proviene esta multa del Mº de Economía y Hacienda.

SUSCRIPCIÓN DE ACCIONES PROPIAS.–

La adquisición de acciones puede ser originaria (en el momento fundacional), o posteriormente (suscripción debida a un aumento de capital).

El art. 74 LSA establece que la sociedad no puede suscribir acciones propias ni acciones emitidas por su sociedad dominante (porque la suscripción no correspondería con una efectiva aportación patrimonial). Si se lleva a cabo tal suscripción, se tendría por válida la suscripción, y las acciones pasarían a ser propiedad de la sociedad suscriptora, pero debiendo ser desembolsadas por los promotores y fundadores (en caso de que fuese una suscripción originaria), o por los administradores (en caso de que fuese una suscripción por aumento del capital social). Si la suscripción se hiciera por una persona interpuesta, ésta respondería solidariamente: éste es un claro caso de infracapitalización material.

ADQUISICIÓN DERIVATIVA O TRANSMISIÓN DE ACCIONES PROPIAS.–

No se prohíbe en la LSA la transmisión de acciones propias, pero se somete a unos requisitos:

- Autorización de la junta general de la sociedad adquirente (deben constar el nº de acciones, valor, plazo, ...).
- El valor nominal de las acciones adquiridas no debe exceder del 10% del capital social de la sociedad adquirente.
- La adquisición debe permitir una reserva indisponible, por el importe de las acciones propias o de la sociedad dominante computado en el activo.
- Las acciones deben estar totalmente liberadas o desembolsadas.

Si se **incumplen** estos requisitos, se imponen diferentes **sanciones**:

Si la infracción es respecto de los 3 primeros requisitos, la sanción es:

- Deben ser enajenadas en un año desde la adquisición.
- A falta de enajenación, se procede inmediatamente a la amortización de las acciones propias y a la

consiguiente reducción del capital.

- Si son acciones de la sociedad dominante, sólo cabe la enajenación judicial.

Si la infracción es respecto al 4º requisito, la sanción será:

- Imponer la nulidad a tal adquisición.

Los anteriores requisitos sufren unas **excepciones** recogidas en el art. 77 LSA: el plazo de un año establecido para la enajenación, en la práctica pasa a ser de 3 años. Esta excepción se aplica a:

- La adquisición de acciones en ejecución de un previo acuerdo de junta general de disminución de capital (art. 164.2 LSA).
- La adquisición de acciones que formen parte de un patrimonio adquirido a título universal (por mortis causa o por fusión – escisión).
- La adquisición de acciones íntegramente liberadas como consecuencia de la adjudicación judicial para satisfacer un crédito de la sociedad frente al titular de las acciones.

Hay unas **excepciones de carácter especial**:

– En caso de las sociedades mercantiles laborales, se permite la adquisición de acciones propias (NOVEDAD).

*** Régimen de las acciones propias y de la sociedad dominante:** cuando una sociedad hubiera adquirido acciones propias o de su sociedad dominante, se aplicarán las siguientes normas (art. 79LSA):

- El ejercicio del derecho de voto queda en suspenso, así como los demás derechos políticos.
- Los derechos económicos inherentes a las acciones propias serán atribuidos proporcionalmente al resto de las acciones, es decir, acrecen a los demás accionistas.
- Las acciones propias se computan en el capital social a efectos de calcular las cuotas necesarias para la constitución y adopción de acuerdos en la junta.
- Se establece en el pasivo del balance una reserva indisponible equivalente al importe de las acciones propias y de la sociedad dominante computadas en el activo. La reserva debe mantenerse mientras las acciones no sean amortizadas o enajenadas (amortización de acciones: consiste en echar a un socio de la sociedad, primero preguntando si hay voluntarios, y si nadie se quiere marchar de la misma, se hará por sorteo).
- El informe de gestión de la sociedad adquirente debe mencionar como mínimo los motivos de las adquisiciones y enajenaciones durante el año y el valor nominal de las acciones adquiridas y enajenadas, la fracción del capital que representan, etc.

*** La aceptación en garantía de acciones propias:** el art. 80 LSA: la sociedad sólo puede aceptar en prenda o en cualquier forma de garantía sus propias acciones o las emitidas por la sociedad dominante, dentro de los límites y con los mismos requisitos aplicables a la adquisición de las mismas.

*** Régimen de las participaciones accionariales recíprocas:** arts. 82–89 LSA. Consiste en el caso de que una sociedad participa en el capital de otra sociedad, y ésta otra a su vez participa en el capital de la primera (son accionistas recíprocos). Se prohíben las participaciones recíprocas cuando la participación de una sociedad en otra sea superior al 10% del capital de la otra, aunque lo haga a través de una filial.

El régimen legal parte de la necesidad de notificar inmediatamente a la sociedad (en la que se participa) toda participación significativa que se posea en su capital social (significativa es cuando dicha participación supere el 10% de su capital social). La sociedad que tarde más en notificar ese exceso del 10% será la que tenga que reducir su participación. Si no se notifica, los derechos de la participación quedan en suspenso. En el pasivo

del balance de la sociedad obligada a la reducción se establecerá una reserva equivalente al importe de las participaciones recíprocas que excedan del 10% del capital computadas en el activo.

* **Asistencia financiera para adquirir acciones propias:** art. 81 LSA: la sociedad no puede anticipar fondos, conceder préstamos, prestar garantías, ni facilitar asistencia financiera para la adquisición de sus acciones o de acciones de su sociedad dominante por un tercero. Esto no se aplica a los negocios dirigidos a facilitar al personal de la empresa la adquisición de sus acciones o de acciones de una sociedad del grupo.

Consiste, en definitiva, en que la propia sociedad financia a sus socios para adquirir tales acciones, por lo que no existe una verdadera aportación.

.

TEMA 5: LA JUNTA GENERAL.

CONCEPTO, CARACTERES, COMPETENCIA, Y CLASES.-

La junta general es un órgano que reúne a los accionistas convocados en tiempo y forma en el lugar donde la sociedad tiene su domicilio, y se constituye para deliberar y decidir por mayoría los asuntos sociales de su competencia.

Se **caracteriza** por:

- Ser un órgano social: es el sistema idóneo para la toma de decisiones por parte de los accionistas.
- Reúne físicamente a los accionistas: los socios deben estar presentes por sí mismos o representados para dar su opinión sobre un asunto determinado.
- Su formación exige el cumplimiento de unas formalidades: debe estar debidamente convocada y debe concurrir el capital necesario para la toma de decisiones: es lo que se llama **quorum/-es de constitución**.
- Esta junta, una vez constituida, delibera y adopta acuerdos, tomándose las decisiones por mayoría, es decir, *quorum* de mayoría.

Sus **competencias** son: los acuerdos no pueden versar sobre cualquier asunto. La delimitación de su competencia se puede hacer de dos formas: NEGATIVA, por la que la junta no será competente para conocer de asuntos encomendados a otros órganos sociales, y POSITIVA, por la que la junta es competente para decidir materias expuestas en la Ley:

- Modificaciones estatutarias.
- Modificaciones estructurales (= de la estructura u órganos de la sociedad).
- Gestión económica (reparto de dividendos: beneficios y pérdidas).

Las **clases** de juntas generales son:

- **Ordinaria:** debe reunirse con carácter necesario en los 6 primeros meses del ejercicio social; en ella se delibera y decide la gestión económica de la sociedad. Una vez aprobada ésta, la junta resuelve la aplicación del resultado económico.
- **Extraordinaria:** es toda la que no es ordinaria (art. 96 LSA). Se reúne para tomar decisiones sobre un asunto competencia de la junta general distinta de la aprobación económica, como puede ser una modificación estatutaria.

En ambos casos, son convocadas por los administradores de la sociedad (art. 94 LSA), y si éstos no lo hacen, cabe que sean convocadas por el juez. Si la junta es ordinaria y no se convoca en los 6 primeros meses del

año, todos los socios pueden solicitar al juez de primera instancia que la convoque; si la junta es extraordinaria, la convocatoria judicial es posible si la solicitan socios titulares al menos de un 5% del capital social.

Las juntas generales necesitan de una correcta convocatoria, por lo que deben ser anunciadas con antelación para poder reunir el *quorum de constitución* necesario para el desarrollo de la junta.

- Sin embargo, existe un tipo de junta general en que una incorrecta convocatoria no implica que la junta sea inválida: la junta universal (art. 99): cuando todo el capital social está representado, y los socios acuerdan por unanimidad la celebración de la junta.
- Asamblea especial: es una junta general que pretende una modificación estatutaria en la que se perjudica directa o indirectamente los intereses de una clase de acciones; es necesario que esta decisión sea aprobada por la mayoría de las acciones pertenecientes a la clase afectada (art. 148 LSA); las modificaciones estatutarias lesivas de una determinada clase de acciones necesita de un determinado acuerdo: debe aprobarse por la junta general y por la mayoría de los accionistas pertenecientes a la clase perjudicada; este acuerdo debe reunir los mismos requisitos que las decisiones que la modificación de los estatutos exige (leer: art. 144 LSA). El acuerdo se adopta en una votación separada en el seno de la propia junta general o en una asamblea especial, que sigue la misma normativa aplicable a la junta general.

CONVOCATORIA DE LA JUNTA.–

Es igual tanto para las juntas ordinarias como para las extraordinarias, y estas juntas generales deben ser convocadas por los administradores de la sociedad, o, en su defecto, por el juez de primera instancia.

La convocatoria debe cumplir unos **requisitos legales** establecidos en los arts. 97 y 98 LSA, y son aplicables a ambos tipos de juntas. Estos requisitos tienen un carácter mínimo, y son ampliables por vía de los estatutos, pero nunca serán suprimidos:

La convocatoria debe anunciarse en el BORME y en el diario más importante de la provincia. El anuncio debe publicarse al menos 15 días antes de la fecha de celebración de la junta. En el anuncio deben expresarse todos los asuntos a tratar en la junta y la fecha de la primera convocatoria, así como, en su caso, la fecha de la segunda convocatoria. En todo caso, entre ambas convocatorias deben transcurrir al menos 24 horas, pero si en el anuncio inicial no se expresó fecha de segunda convocatoria y la convocatoria es necesaria por la imposibilidad de que la junta se celebrara en primera convocatoria, la fecha de la segunda se anunciará con los mismos requisitos que la primera. Entre las 2 juntas habrán de pasar como mínimo 8 días. Si se tratara de una junta universal, no necesitaría respetar estos requisitos.

CONSTITUCIÓN DE LA JUNTA.–

Una vez convocada la junta con los requisitos legales, y antes de su celebración, es necesario que esté correctamente constituida, es decir, que acudan a la junta convocada un mínimo de accionistas (*quorum de accionistas*).

El nº de accionistas necesarios varía según 2 factores:

- Que la junta se celebre en primera o en segunda convocatoria.
- Que el acuerdo sea ordinario o extraordinario: son extraordinarios los acuerdos que impliquen modificaciones estatutarias o estructurales de la sociedad (art. 103 LSA), y son ordinarios los demás.

En el caso de que se trate de acuerdos extraordinarios, la junta quedará válidamente constituida en primera convocatoria cuando concurran accionistas que posean al menos el 50% del capital suscrito con derecho de

voto, y en segunda convocatoria quedará válidamente constituida con la concurrencia del 25% del capital suscrito con derecho al voto.

En el caso de acuerdos ordinarios, la junta quedará válidamente constituida en 1ª convocatoria cuando concurren accionistas que representen al menos el 25% del capital suscrito con derecho de voto. En 2ª convocatoria, cualquiera que sea el capital que concurra, salvo que los estatutos hayan establecido un quorum determinado que no podrá ser superior al de la 1ª convocatoria.

Cuando se aprueba en los estatutos un quorum de constitución determinado y es aplicado, la junta queda válidamente constituida y se procede a constituir la junta general mediante la formación de la mesa con un Presidente y un Secretario, el cual elabora la lista de los asistentes comprobando el quorum de constitución, y el Presidente da inicio a la junta.

LA DELIBERACIÓN.–

La deliberación en la junta se realiza bajo el Presidente de la junta (arts. 110 y ss LSA). En su defecto, la junta estará presidida por el presidente del Consejo de administración, y a falta de éste, por el accionista que elijan en cada caso los socios asistentes a la reunión. El presidente estará asistido por un secretario designado en los estatutos, o por los accionistas asistentes a la junta. Antes de entrar en el orden del día, se forma la lista de los asistentes, expresando la representación de cada uno y el nº de acciones con que concurren. Al final de la lista se determina el nº de acciones presentes y el importe del capital del que sean titulares, expresando el que corresponde a los accionistas con derecho de voto.

(Incluir el derecho de información).

LA VOTACIÓN.–

(Incluir el derecho de voto).

El art. 93 LSA sobre votación es impreciso, y ha producido diferentes posturas doctrinales en cuanto a lo que se entiende por mayoría necesaria para la adopción de acuerdos o quorum de aprobación. Es una mayoría no de personas, sino de votos. El fundamento a esta afirmación está en el art. 103.2 LSA, donde vemos que, en el supuesto de un acuerdo extraordinario en 2ª convocatoria, es necesario para su validez que se adopte con el voto favorable de 2/3 del capital presente o representado en la junta. Es por tanto una mayoría reforzada.

Voto dirimente del presidente de la junta: no se puede otorgar el voto plural al presidente.

DOCUMENTACIÓN, ELEVACIÓN A PÚBLICO E INSCRIPCIÓN DE LOS ACUERDOS SOCIALES.–

El desarrollo de la junta se recoge en un **acta** por el secretario, en el que constan los datos de la convocatoria, la constitución y convocatoria de la junta, los asuntos debatidos y los acuerdos adoptados. Tiene carácter notarial cuando se solicite. El acta tiene que ser aprobada por la junta finalizada la misma, o en los 15 días siguientes, en cuyo caso lo aprueban el presidente y 2 interventores, que representarán respectivamente a la mayoría y a la minoría.

Una vez aprobada el acta, se recoge en los libros de actas. Los accionistas tienen derecho a la certificación de los acuerdos y de las actas (art. 109 y ss: leer).

.

TEMA 6: LOS ADMINISTRADORES.

ESTRUCTURA DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN Y REPRESENTACIÓN.-

Los administradores están encargados de gestionar y representar a la sociedad. Sus funciones son:

- Gestión y disposición del patrimonio social, es decir realizan todas las operaciones necesarias para lograr el objeto social, es decir, invierten, explotan, etc.
- Representación de la sociedad ante terceros. Están autorizados para contratar en nombre de la sociedad, y sus actos y contratos obligarán a la sociedad.

Los estatutos obligan a que en ellos se configurase la estructura de la sociedad, es decir cómo es este órgano de gestión y administración, determinando quiénes tienen poder de representación y su régimen de actuación (art. 9 g LSA), por tanto caben distintos sistemas de administración: pueden nombrarse uno o más administradores (hay que indicar el nº de los mismos en los estatutos) o un órgano colegiado de administración que es el consejo de administración, que deberá constar de 3 administradores como mínimo. También en los estatutos debe fijarse el plazo de duración del cargo y la retribución si la tuviera.

Los distintos **sistemas de administración** se establecen en el art. 124 RRM:

- Administrador único: el poder de representación le pertenece a él.
- Caben varios administradores solidarios, es decir, actúan individualmente; el poder de representación corresponde a cada administrador.
- Dos administradores actuando conjuntamente. El poder se ejerce mancomunadamente.
- El consejo de administración. Cabe también un consejo de administración + comisión ejecutiva, y también cabe que sea un consejo de administración + consejeros delegados.

El consejo de administración actúa colegiadamente, y el poder corresponde al conjunto de todos sus miembros, salvo que tal poder de representación se atribuya a uno o varios a título individual o en conjunto. En caso de nombrar consejeros delegados, en el nombramiento se fija su régimen de actuación.

ÁMBITO DE LA REPRESENTACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES.-

Viene regulado en el art. 129 LSA (MUY IMPORTANTE).

El ámbito se extiende a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos. Este poder tiene un contenido rígido y mínimo, porque por un lado los estatutos pueden ampliarlo, aunque parece que sólo se admite para operaciones concretas o que tengan relación con el objeto social. Por otro lado, si reducen el poder, las limitaciones sólo tienen efectos internos entre la administrador y la sociedad, pero nunca frente a terceros. Es ineficaz frente a terceros cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, AUNQUE estén inscritas en el Registro Mercantil. La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro que el acto no está comprendido en el objeto social. Por eso se dice que el objeto social no es límite ni a la capacidad de obrar de la sociedad, ni al poder de representación de los administradores en cuanto a obligar a la sociedad frente a terceros.

CONDICIÓN JURÍDICA, NOMBRAMIENTO Y SEPARACIÓN.-

1.- Condición jurídica: los administradores no tienen por qué ser accionistas, aunque los estatutos pueden exigirlo. Los administradores pueden ser personas físicas o jurídicas.

La LSA no establece requisitos especiales, sino que fija necesarios los ordinarios de Derecho Civil, es decir, que tengan capacidad de obrar y capacidad para obligarse.

El art. 124 LSA configura unas incapacidades y prohibiciones de derecho público (menores e incapacitados, condenados a penas que supongan inhabilitación para el ejercicio de cargo público, quebrados y concursados no rehabilitados, los condenados por grave incumplimiento de leyes o disposiciones sociales, los que no puedan ejercer el comercio por razón de su cargo, los funcionarios al servicio de la administración con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de la sociedad de que se trate). En el art. 132 LSA contempla las incompatibilidades de derecho privado (los administradores que lo fueran de otra sociedad competidora y personas que tengan intereses opuestos a los de la sociedad).

El régimen aplicable en cada caso es distinto en caso de incumplimiento: si se infringen las prohibiciones del art. 124, los administradores pueden ser destituidos inmediatamente a petición de cualquier accionista, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurran. Si infringe el art. 132, los administradores cesan en su cargo a petición de cualquier socio y por acuerdo de la junta general, que podrá decidir si existe o no conflicto de intereses.

2.- Nombramiento: es la junta la que procede al nombramiento, por el procedimiento ordinario. El acuerdo se toma por la mayoría de los votos, constando el asunto en el orden del día (art. 123 LSA) sin ninguna especialidad. También se aplica al nombramiento del consejo de administración.

A veces se siguen cauces distintos para el nombramiento:

- En la escritura de constitución.
- Sistema de cooptación: cuando en un consejo de administración se producen vacantes, y también tiene que darse que uno de los consejeros cese en su cargo antes de que expire el plazo para el que fue nombrado. La LSA excepcionalmente permite que sea el consejo el que designe la persona que ocupe la vacante: sólo puede elegirse a un accionista (no a un 3º), y, además, reunida la 1ª junta después de cubrir la vacante, tiene que ratificar o revocar el nombramiento la junta (art.138 LSA).
- Para el consejo de administración, el art. 137 LSA configura un sistema proporcional para evitar que la mayoría nombre a todos los consejeros (art. 137 LSA: leer).

El nombramiento tiene que ser aceptado por el administrador, y desde esa aceptación, produce efecto. En los 10 días siguientes a la aceptación, el nombramiento debe ser inscrito, y no cabe inscripción sin aceptación.

La duración del cargo depende de lo que establezcan los estatutos, no pudiendo ser superior a 5 años, aunque pueden ser reelegidos por otros 5 años (art. 126 LSA).

El cargo no tiene que ser retribuido. Para que lo sea, debe constar en los estatutos, y si no consta, ni pueden exigirlo, ni puede ser acordado por la junta general.

3.- Separación: es el cese en el cargo por distintas causas. La separación debe inscribirse porque mientras no se inscriba, el administrador sigue obligando con sus actos a la sociedad. Causas:

- Voluntariamente: cabe renuncia y dimisión.
- Separación del administrador: la junta puede en cualquier momento destituirlos. Por tanto, no es necesario justa causa, basta que la junta lo acuerde (art. 131 LSA). Es una facultad general de destitución.
- Acuerdo de la junta general de promover acción social de responsabilidad (art. 134 LSA).
- Cpmcñiso
- Conclusión del plazo de duración del cargo, tras 5 años, que son renovables (art. 126 LSA).
- Muerte o declaración judicial de fallecimiento: la inscripción se practicará a instancia de la sociedad mediante certificación del Registro Civil.
- Por resolución judicial firme mediante testimonio de la propia sentencia.

RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES.-

Los administradores no sólo tienen que respetar la Ley y los estatutos sociales, sino además cumplir unas reglas específicas:

- Deber de diligencia de un ordenado empresario y representante leal.
- El administrador está obligado a guardar secreto sobre informaciones confidenciales incluso después de cesar en sus funciones hasta que exista interés por parte de la sociedad (art. 127 LSA).

Su incumplimiento origina su responsabilidad civil (también administrativa y penal) cuando el administrador realice un acto contra la Ley o contra los estatutos, y sin la diligencia debida, o revele su secreto. Incumplido así, es responsable ante la sociedad, accionistas y acreedores sociales del daño causado a la sociedad.

Si se trata de un administrador único, sólo él es responsable; si el cargo lo desempeñan distintas personas, se habla de responsabilidad solidaria. Cabe exonerar de la responsabilidad si el administrador prueba que se encuentra en una de estas 2 situaciones:

- No intervención en la adopción y ejecución, y desconocimiento del acto
- Los que, conociendo la existencia del acto, hicieron todo lo posible para evitar el daño, o al menos se opusieron al mismo.
- No cabe exonerarse por el hecho de que la junta autorizase, adoptase o ratificase el acto lesivo.

Las **acciones de responsabilidad** son:

1.- Los administradores, si son responsables, pueden ser sujetos de la acción de responsabilidad. Esta acción tiene doble carácter: acción social y acción individual.

- En caso de acción social (art. 134 LSA) de responsabilidad, se ejerce contra los administradores por la propia sociedad, y exige previo acuerdo de la junta general, cuya convocatoria pueden solicitarla accionistas titulares al menos del 5% del capital social. Este acuerdo puede adoptarse aunque no conste en el orden del día, siempre que esté el 100% del capital social presente o representado (art. 93.1 LSA).

Una vez adoptado el acuerdo, se produce la destitución de los administradores afectados, por tanto la acción se ejercerá por los administradores no demandados; si no quedara ningún administrador no demandado, lo harán sus sustitutos.

La sociedad puede renunciar en cualquier momento al ejercicio de la acción salvo oposición de los accionistas titulares del 5% del capital social. Si hay oposición, la sociedad tiene que seguir adelante con la acción social.

Además de ser ejercida esta acción en nombre de la sociedad por los administradores, también pueden ejercerla los accionistas y los acreedores sociales. Los accionistas que posean el 5% del capital social pueden ejercer conjuntamente esta acción social en 3 casos: cuando los administradores no convocaron la junta solicitada a tal fin; cuando la sociedad no entable esta acción en el plazo de un mes desde la fecha de adopción del acuerdo de la junta; y, cuando el acuerdo de la junta fue contrario a exigir esta responsabilidad. Si la acción social no se ejerciera ni por la sociedad ni por los accionistas, la Ley permite a los acreedores sociales que la ejerzan, cuando el patrimonio social sea insuficiente para la satisfacción de sus créditos.

- Acción individual de responsabilidad (art. 135 LSA): junto con la acción social, se reconoce la posibilidad de ejercer acción individual cuando los actos de los administradores perjudiquen directamente los intereses de los accionistas y/o terceros. En este caso, el daño perjudica al patrimonio individual, mientras en la acción social de responsabilidad se producía un daño en el patrimonio

social.

CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN.–

La Ley concede una amplia discrecionalidad para estructurar el órgano de administración, pero exige que, si se decide designar 3 o más administradores conjuntamente, es obligatorio que se constituyan en Consejo de Administración (art. 136 LSA). Toman sus decisiones por mayoría, no por unanimidad.

ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN.–

Está escasamente regulado en la Ley, y se estará a lo dispuesto en los estatutos y a lo establecido por el propio consejo, porque es él el que dicta sus normas de funcionamiento, salvo que los estatutos de la sociedad dispusieran otra cosa (art. 141 LSA).

La convocatoria la hace el Presidente.

En cuanto a la forma y publicidad, no se dice nada, pero para la válida constitución del consejo, tienen que asistir presentes o representados la mitad más uno, por tanto cabe representación (art. 139 LSA).

El art. 140.2 LSA dice que cabe la adopción de acuerdos sin sesión y mediante votación por escrito.

La deliberación y forma de adoptar acuerdos se rige por los estatutos y por las normas del consejo por mayoría absoluta (no por unanimidad). El Presidente tiene voto dirimente o de calidad por el principio de proporcionalidad.

El art. 142 LSA establece la necesidad de llevar un libro de actas meramente probatorio.

DELEGACIÓN DE FACULTADES: CONSEJEROS DELEGADOS Y COMISIONES EJECUTIVAS.–

El consejo suele integrarse por un nº muy amplio de personas, a menudo haciendo inoperante el consejo por el nº y desconocimiento de asuntos sociales. Por eso, frecuentemente se concentran las facultades de gestión y representación en una o varias personas, quedando el consejo como órgano de fiscalización y control. Se permite que el consejo designe en su seno una comisión ejecutiva, o uno o varios consejeros delegados. Debe constar su régimen de actuación y poder de representación.

La Ley no dicta normas sobre las comisiones ejecutivas, y le son aplicables las normas del consejo. La delegación de facultades en estas comisiones o en consejeros delegados requiere voto favorable de 2/3 partes del consejo: no se produce efecto hasta la inscripción en el Registro Mercantil. Nunca pueden ser objeto de delegación la rendición de cuentas y la presentación de balances a la junta general, ni las facultades que ésta conceda al consejo, salvo que fuese expresamente autorizado por ella (art. 141 LSA).

El art. 143 LSA establece que los administradores pueden impugnar los acuerdos nulos y anulables del Consejo de administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración, en el plazo de 30 días desde su adopción. También pueden impugnar tales acuerdos los accionistas que representen un 5% del capital social, en el plazo de 30 días desde que tuvieren conocimiento de los mismos, siempre que no hubiere transcurrido un año desde su adopción. La impugnación se tramitará igual que en el caso de impugnación de acuerdos de la junta general.

.

TEMA 7: MODIFICACIÓN DE LOS ESTATUTOS SOCIALES.

REQUISITOS FORMALES.-

Toda S.A. dispone de unos estatutos sociales formados por cláusulas que regulan la organización y funcionamiento de la sociedad. Las cláusulas tienen un contenido formal y sustantivo que no es inmodificable, sino que puede variarse cumpliendo unos requisitos.

La alteración del estatuto social, sea ordinario sea modificado, configura una modificación estatutaria que puede consistir en una ampliación, reducción, alteración de una o varias cláusulas estatutarias, modificando el contenido sustantivo o aspectos de redacción, y en cualquier caso será modificación estatutaria, con excepción del art. 149.1 LSA: cambio de domicilio social dentro del término municipal.

El órgano competente para adoptar un acuerdo de modificación de estatutos sociales es la junta general (art. 144 LSA), sea ordinaria o extraordinaria. Cabe también una junta universal con tal de que esté presente o representado el 100% del capital social.

Los requisitos que deben cumplirse para modificar los estatutos vienen regulados en el art. 144 LSA:

- Expresar con claridad en la convocatoria los extremos a modificar.
- Formulación de un informe por escrito por los administradores o por los accionistas autores de la propuesta donde justifiquen la modificación.
- Incluir en el anuncio de la convocatoria el Derecho de información sobre la propuesta que tiene todo accionista (examen íntegro del texto de la modificación, informe de los administradores o accionistas autores de la propuesta).
- Puesto que la modificación de estatutos es de acuerdo extraordinario, exige en 1ª convocatoria el 50% del capital suscrito con derecho a voto, adoptándose mediante mayoría absoluta del capital social; y en 2ª convocatoria, el 25% mediante mayoría de 2/3 del capital presente o representado.
- Se exige una publicidad del acuerdo de modificación adoptado por la junta, acuerdo que se eleva a escritura pública. En la escritura de modificación estatutaria, hay que incluir la transcripción de la propuesta de modificación, indicar el cumplimiento de los requisitos, la nueva redacción de la cláusula modificada; se inscribe en el Registro y se publica en el BORME: Publicidad legal. Las modificaciones más importantes, además de la publicidad legal, tienen que ser anunciadas en 2 periódicos de gran circulación en las provincias. La inscripción en el Registro Mercantil se condiciona a la publicidad material.

NORMAS PROTECTORAS DE LOS ACCIONISTAS. DISTINCIÓN DE SUPUESTOS.-

Los requisitos formales persiguen compatibilizar la necesaria protección al accionista para alterar la organización o funcionamiento de la sociedad.

En las modificaciones de carácter general, la tutela se consigue con el derecho de información. Sin embargo, determinadas modificaciones cuya realización incide especialmente en los intereses de los accionistas necesitan algo más que un derecho de información; necesitan unas normas protectoras o punitivas:

- Modificaciones que sólo pueden adoptarse con el consentimiento de los interesados (art. 145 LSA), y son 2: 1.- Modificaciones estatutarias que impliquen nuevas obligaciones para los accionistas. 2.- Creación, modificación y extinción anticipada de realizar prestaciones accesorias.
- Acuerdos de modificación de los estatutos, que se toman cumpliendo los requisitos del art. 144, pero que, por su especificidad, consigue obligar a los accionistas disidentes o ausentes. Por regla general, los acuerdos de la junta general obligan a todos los accionistas aunque votaran en contra; sin embargo, en determinados supuestos, por la trascendencia de la operación, se concede a los accionistas que están en desacuerdo paralizar la decisión y, en su caso, desvincularse de la sociedad dependiendo (una y otra posibilidad) de la modificación que se pretenda.

Distinción de los **supuestos**:

- Establecimiento de restricciones a la transmisibilidad de las acciones (art. 146, 63–65 LSA).
- Sustitución del objeto social: art. 147 LSA. Dificultad de determinación del objeto social. Cualquier cambio del objeto social entraña la posibilidad de que los accionistas que no hayan votado a favor de dicha modificación (incluidos los accionistas sin derecho a voto), tienen derecho a separarse de la sociedad.
- Cambio de domicilio (art. 149 LSA): si es dentro del término municipal, no es necesario cumplir los requisitos del art. 144, simplemente los administradores lo acuerdan. Si el cambio de domicilio es al extranjero, el cambio es en virtud de unos tratados internacionales. Los accionistas que no hayan votado a favor tienen derecho de separación
- Modificación perjudicial para una clase de acciones (art. 148 LSA).

AUMENTO DEL CAPITAL SOCIAL.– (IMPORTANTE)

Es una operación jurídica por la que se eleva la cifra del capital social que figura en los estatutos sociales. Cuando una sociedad necesita recursos nuevos para continuar sus operaciones, puede acudir al préstamo o crédito, o puede realizar un aumento de capital.

Mediante el aumento del capital, la obtención de aportaciones nuevas permite continuar la explotación tanto si se debe a la existencia de pérdidas (es decir, saneamiento de la sociedad), como si es por expansión y por un crecimiento empresarial (es decir, financiación).

Arts. 151–162 LSA (leer).

Existen unos **procedimientos de aumento del capital social** regulados en el art. 151 LSA: 2 tipos:

- Emisión de nuevas acciones que se atribuyen a los antiguos accionistas bien de forma preferente, es decir un aumento con nuevas aportaciones, bien de forma gratuita, es decir, aumento con cargo a reservas. Mientras el derecho de suscripción preferente puede ser excluido, el derecho de asignación gratuita de acciones no puede suprimirse en ningún caso.
- Aumento del valor nominal de las acciones ya existentes. Se exige el consentimiento de todos los accionistas, salvo que el aumento se haga con cargo a reservas o beneficios (art. 152.2 LSA)

Estos 2 procedimientos se pueden aplicar indistintamente, incluso de forma conjunta (combinación mixta).

Las modalidades de aumento que se clasifican de acuerdo al contravalor, el aumento de capital puede ser entregando a cambio de la emisión de acciones nuevas o a cambio del valor nominal de las existentes, pudiendo entregarse aportaciones sociales dinerarias, no dinerarias, compensación de créditos, transformación de reservas o beneficios para el aumento.

Las modalidades de aumento dependiendo del órgano que lo acuerde, puede que sea acordado por la junta general, o por los administradores, en cuyo caso se habla del capital autorizado, por el que la junta general delega en los administradores el aumento de capital.

REQUISITOS GENERALES DEL AUMENTO DE CAPITAL.–

1.– Adopción de un acuerdo: ha de acordarse el aumento de capital por la junta general, salvo en el caso del capital autorizado, cumpliendo los requisitos establecidos para modificar los estatutos del art. 144 LSA. Deben cumplir el principio de desembolso mínimo.

2.– Capital autorizado: la junta general delega en los administradores para que sean ellos los que, si lo

consideran conveniente, acuerden el aumento de capital sin previa consulta de la junta general (art. 153 LSA). Es una auténtica delegación, no una simple delegación de ejecución del acuerdo. El fundamento de la delegación de la facultad está en que los administradores pueden ser los que están en mejores condiciones para acordar o no un aumento del capital social. En caso de capital autorizado, tiene que haber 2 acuerdos: uno de la junta general de delegación a los administradores, y otro de los administradores acordando el aumento de capital. Los administradores, cuando ejercitan su facultad, pueden hacerlo o no. También puede que la junta general les faculte para hacerlo con unas instrucciones pormenorizadas, o sin instrucciones, en cuyo caso pueden acordarlo en una o varias ocasiones hasta una cifra determinada.

Los administradores tienen total libertad, pero tienen 3 límites:

- Uno de carácter cuantitativo: viene determinado por la cifra de la mitad del capital que la sociedad tenga en el momento en el que la junta acuerde la delegación a los administradores.
- Otro de carácter temporal: los acuerdos de los administradores deben efectuarse en el plazo de 5 años desde el acuerdo de la junta.
- Que los acuerdos de aumento de capital deben realizarse mediante aportaciones dinerarias.

El acuerdo de delegación de la junta se transcribe íntegramente en la escritura en la que acuerden el aumento los administradores.

3.- Ejecución del aumento: una vez acordado el aumento, debe ejecutarse bien mediante suscripción de acciones nuevas, o la asignación gratuita de las acciones a los accionistas.

El caso de suscripción de acciones nuevas, se desembolsarán en la forma indicada en el acuerdo, respetando el desembolso mínimo del 25% (art. 153.1 LSA).

En caso de *suscripción incompleta* (art. 161 LSA): en el caso de que haya un nº de acciones no suscritas, en función de lo que se diga en el acuerdo que refleja el aumento, valdrá el aumento sin suscripción íntegra, o no podrá ejecutarse el aumento sin suscripción íntegra. Si el acuerdo de aumento quedara sin efecto por suscripción de las acciones emitidas, los administradores de la sociedad lo publicarán en el BORME y, dentro del mes siguiente a aquel en que hubiera finalizado el plazo de suscripción, restituirán a los suscriptores o consignarán a su nombre en el Banco de España o en la Caja General de Depósitos las aportaciones realizadas.

4.- Inscripción del acuerdo de aumento: tanto el acuerdo de aumento como la ejecución del mismo deben inscribirse simultáneamente en el Registro Mercantil (art. 165, 162.2, 166 LSA: leer).

ESTUDIO DE LAS DIVERSAS MODALIDADES DE AUMENTO.-

(Requisitos especiales en función del contravalor).

- Aumento de capital con aportaciones dinerarias: art. 154 LSA.
- Aumento de capital con aportaciones no dinerarias: art. 155.2 LSA: se aplican las mismas reglas que para la constitución de la S.A. con aportaciones no dinerarias. Informe de expertos independientes, administradores. Obligatoriedad de liberar totalmente las acciones en el plazo máximo de 5 años desde que se tomó el acuerdo del aumento.
- Aumento de capital por compensación de créditos (art.156 LSA): sólo se puede llevar a cabo si se cumplen los siguientes requisitos: que al menos el 25% de los créditos a compensar sean líquidos, vencidos y exigibles; que el 75% restante venza antes de 5 años; es necesaria la certificación del auditor sobre la veracidad de los datos que sobre los créditos ofrecen los administradores. Si la sociedad no tiene auditor, los administradores solicitan su nombramiento al Registrador mercantil. Existe una posibilidad de conversión de obligaciones en acciones (art. 292-294 LSA).

- Aumento de capital con cargo a reservas (art. 157 LSA): se pueden utilizar las reservas libres, las primas de emisión, y la reserva legal en la parte que exceda del 10% del capital ya aumentado.

DERECHO DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE.–

Art. 158–160 LSA (remitirse al tema 4).

REDUCCIÓN DEL CAPITAL: FUNCIÓN ECONÓMICA, PROCEDIMIENTOS Y MODALIDADES.–

Art. 163–170 LSA.

Se trata de una operación jurídica por la que disminuye la cifra del capital social que figura en los estatutos. Tiene gran importancia porque altera la cifra del capital social que, al disminuir, disminuye también la garantía de los créditos de los acreedores.

La LSA atribuye un derecho de oposición al acuerdo de reducción, que puede perseguir 2 objetivos:

- La reducción puede deberse a un exceso de capital social: en este caso, la sociedad acuerda su reducción para repartir beneficios, incrementar reservas, devolver aportaciones sociales, o condonar dividendos pasivos. Es la llamada reducción por exhuberancia.
- La reducción puede deberse a la obligación de restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio social. Es la reducción por pérdidas. La reducción es necesaria para que la cifra de capital responda a la efectiva situación patrimonial.
- Reducción por amortización de acciones.
- Reducción por amortización en caso de separación de un socio titular de muchas acciones en la misma sociedad.

Modalidades de reducción:

- Devolución de aportaciones.
- Condonación de dividendos pasivos.
- Constitución o aumento de reserva legal.
- Restablecimiento del equilibrio entre el capital y el patrimonio.

Procedimientos de reducción:

- Disminución del valor nominal de las acciones.
- Amortización de acciones.
- Agrupación de acciones para el canje.

Atendiendo a una efectiva disminución del patrimonio, hay reducción nominal o contable y real: en la *nominal o contable*, o bien el patrimonio ya ha disminuido, en cuyo caso la reducción sólo persigue adecuar la cifra del capital (Ej. Reducción por pérdidas); o bien se produce sólo un trasvase contable (Ej. Aumentar las reservas). En la reducción *real*, el patrimonio disminuye a consecuencia de la propia reducción. Ej. Devolución de aportaciones.

Según la reducción sea obligatoria o facultativa: la *obligatoria* es aquella que la junta general, por concurrencia de determinadas causas, esté obligada a acordar. Si la junta general no lo hiciera y estuviera obligada a disminuir el capital social, los administradores o los acreedores solicitarán del juez una resolución judicial. La *facultativa* es aquella que la junta general es libre para acordar. También cabe distinguir el modo concreto en el que se haga recaer sobre las acciones la reducción (art. 163.2, 164.4, 144, y 148 LSA). (Art.

164.4 LSA: cuando la reducción tenga por finalidad el restablecimiento del equilibrio entre el capital y el patrimonio de la sociedad disminuido por consecuencia de pérdidas, deberá afectar por igual a todas las acciones en proporción a su valor nominal, pero respetando los privilegios que a estos efectos hubieran podido otorgarse en los estatutos o en la ley para determinadas clases de acciones).

Los **requisitos para la reducción** son:

- Adopción de un acuerdo: debe ser acordada por la junta general cumpliendo los requisitos de la modificación de los estatutos. Para la inscripción en la escritura pública de la reducción del capital, se consignarán, además de los requisitos de carácter general, la finalidad de la reducción, la cuantía de la misma, el procedimiento de ejecución, el plazo de ejecución, y la suma que haya de abonarse a los accionistas (art. 164.1 LSA, y 170.1 RRM).
- Ejecución de la reducción: art. 165 LSA: el acuerdo de reducción debe publicarse en el BORME y en 2 periódicos de gran circulación en la provincia en que la sociedad tenga su domicilio. Los acreedores pueden oponerse a partir del último anuncio del acuerdo.
- Derecho de oposición de los acreedores a la ejecución: es lo más importante de la reducción. Art. 166, 167 LSA. Se atribuye al acreedor cuando la reducción entraña reducción del patrimonio neto de la sociedad. Cuando no se da tal reducción del patrimonio neto, los acreedores carecen de este derecho de oposición. Este derecho surge cuando el crédito haya nacido antes de la fecha del último anuncio del acuerdo de reducción. Este derecho decae cuando el crédito esté debidamente garantizado. La garantía válida es la prestación de fianza solidaria por una entidad debidamente habilitada.
- Inscripción de la reducción: art. 165 LSA. Se impone una inscripción simultánea del acuerdo de reducción y del de ejecución. Art. 170 RRM: menciones que deben incluirse en la inscripción de la reducción del capital (ver). Art. 172: además de las circunstancias generales, en la inscripción debe constar: el importe de la reducción, la identificación de las acciones que se amortizan y, en su caso, la indicación de la disminución del valor nominal de las acciones; la nueva redacción de los arts. de los estatutos relativos al capital y a las acciones, con las indicaciones de los arts. 121 y 122 RRM.

ESTUDIO DE LAS DISTINTAS MODALIDADES DE REDUCCIÓN.-

1. Reducción para compensar pérdidas: la LSA prohíbe esta reducción cuando existan reservas voluntarias, o cuando la reserva legal, una vez efectuada la reducción, exceda del 10% del capital. Para poder acordar esta reducción, deben cumplirse las condiciones del art. 168 LSA: el balance que sirva de base a la operación de reducción debe estar aprobado por la junta general, previa verificación por los auditores de cuentas. Tanto en el acuerdo de la junta como en el anuncio público del mismo deberá hacerse constar expresamente la finalidad de la reducción. El excedente del activo sobre el pasivo que deba resultar de la reducción deberá atribuirse a la reserva legal sin que ésta pueda llegar a superar a tales efectos la décima parte de la nueva cifra del capital. En ningún caso podrá dar lugar la reducción a reembolsos o condonación de dividendos pasivos a los accionistas. Para que la sociedad pueda repartir dividendos una vez reducido el capital será preciso que la reserva legal alcance el 10% del nuevo capital social.

Se ha de recoger en escritura pública igual que en el aumento de capital del art. 171.2 RRM: el balance y el informe del auditor se incorporará a la escritura, haciéndose constar en la inscripción el nombre del auditor y las fechas de verificación y aprobación del balance.

2. Reducción y aumento del capital simultáneos: art. 169 LSA: se aplica este artículo a la operación acordeón y a la disminución por debajo del capital mínimo. En caso de la operación acordeón, consiste en reducir la cifra del capital social a cero y, simultáneamente, acordar un aumento por encima de 10 millones de pesetas. Las condiciones para que se de son:

- El capital social debe aumentarse en cantidad igual o superior a la cifra mínima legal (10 millones de pesetas).

- Debe respetarse el derecho de suscripción preferente de los accionistas.
- La eficacia del acuerdo de reducción se condiciona a la ejecución del acuerdo de aumento.
- El acuerdo de aumento debe inscribirse simultáneamente al de reducción.

4. Reducción del capital por debajo del capital mínimo: implica una causa de disolución (se aplica el art. 169 LSA, que dice que la sociedad debe adaptarse a otro tipo social o completar su capital social hasta los 10 millones, o de lo contrario, se disolverá).

- **Reducción mediante adquisición de acciones propias (art. 170 LSA):** en este caso, debe ofrecerse la compra a todos los accionistas. Si la reducción afecta sólo a una clase de acciones, debe respetarse lo establecido sobre modificación perjudicial de una clase de acciones del art. 148. La propuesta de compra debe publicarse en el BORME y en 2 periódicos de gran circulación en el domicilio social durante un mes como mínimo, en los que incluirá las menciones necesarias de información y consecuencias en el caso de que las acciones ofrecidas no alcancen el nº fijado en el acuerdo. En caso de acciones nominativas, las propuestas pueden ser enviadas a cada uno de los accionistas en lugar de publicarse como antes se ha señalado, computándose el plazo de duración del ofrecimiento desde el envío de la comunicación. Si las acciones ofrecidas en venta exceden del nº previamente fijado por la sociedad, se reducirán las ofrecidas por cada accionista en proporción al nº de acciones cuya titularidad ostente. A no ser que en el acuerdo de la junta o en la propuesta de compra se hubiera dispuesto otra cosa, cuando las acciones ofrecidas en venta no alcancen el nº previamente fijado, se entenderá que el capital queda reducido en la cantidad correspondiente a las acciones adquiridas. Las acciones adquiridas por la sociedad deberán ser amortizadas dentro del mes siguiente a la terminación del plazo del ofrecimiento de compra.

.

TEMA 8: LAS CUENTAS ANUALES.

COMPOSICIÓN DE LAS CUENTAS.–

Una S.A. económicamente se divide en ejercicios de duración anual y que generalmente finalizan el 31 de diciembre de cada año.

Cada vez que finaliza un ejercicio económico surge la obligación de redactar unos elementos patrimoniales. La elaboración de estos documentos se produce fundamentalmente para lograr 3 **objetivos**:

- Demostrar el resultado de un ejercicio económico.
- Funciona como una rendición de cuentas de la labor de los administradores.
- Conocemos así toda la situación económica de la sociedad.

Estos **documentos anuales** son:

- Cuentas anuales que hay que redactar cada año: son el balance, la memoria, y la cuenta de pérdidas y ganancias.
- Informe de gestión al final de cada año, y una propuesta de aplicación del resultado.

El **órgano competente** inicialmente para elaborar estos documentos es el administrador o administradores, en un plazo de 3 meses a contar desde que se cierra el ejercicio.

BALANCE: es un documento contable en el que se agrupan divididos en partidas los elementos patrimoniales de la sociedad. El balance se realiza mediante una técnica llamada técnica por partida doble, que consiste en la formación de 2 columnas: en una de ellas consta el activo, y en la otra consta el pasivo.

En las S.A. se establece legalmente cuál tiene que ser el esquema del balance (arts. 175–180 LSA): este esquema es el del balance ordinario, porque junto a éste, la LSA prevé el balance abreviado (más simplificado que el ordinario), que pueden elaborar las sociedades que durante 2 ejercicios consecutivos reúnan al menos 2 de las siguientes circunstancias:

- Que el total de las partidas del activo no supere los 300 millones de pesetas.
- Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los 600 millones de pesetas.
- Que el nº medio de trabajadores no sea superior a 50.

CUENTA DE PÉRDIDAS Y GANANCIAS: su misión es mostrar cómo se ha formado el resultado del ejercicio. Para ello recoge por un lado los ingresos y por otro lado los gastos. El esquema a seguir se recoge en el art. 189 LSA, que es el previsto para la cuenta ordinaria; también cabe la posibilidad de una cuenta abreviada, que puede ser realizada por aquellas sociedades que durante 2 ejercicios consecutivos reúnan al menos 2 de las siguientes circunstancias:

- Que el total de las partidas del activo no supere los 1.200 millones de pesetas.
- Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los 2.400 millones de pesetas.
- Que el nº medio de trabajadores no sea superior a 250.

MEMORIA: es un documento contable porque hay que incluir el cuadro de financiación y el estado y aplicación de los fondos. Su contenido básico viene regulado en el art. 200 LSA, que hace referencia a la memoria ordinaria, siendo también posible elaborar una memoria abreviada.

- INFORME DE GESTIÓN: es un documento literario que explica con palabras lo que antes se ha transcrito contablemente. Tienen que realizarlo todas las sociedades a excepción de las que puedan formular balance abreviado.
- PROPUESTA DE APLICACIÓN DEL RESULTADO: elaborar un proyecto de los que se pretende hacer con los resultados de la sociedad. Es una propuesta que siempre debe respetar las atenciones legales y estatutarias: reservas legales (art. 214 LSA) y posibles reservas estatutarias.

PRINCIPIO INFORMADORES.–

Los administradores, cuando elaboran estos documentos, tienen que respetar un conjunto de principios:

- Principio de veracidad y exactitud de las cuentas: tienen que ser claras y deben ajustarse al principio de legalidad.
- Principio de prudencia valorativa.
- Principio de separación de partidas.
- Principio de objetividad.
- Principio de continuidad entre las cuentas.
- Principio de responsabilidad de los administradores: la labor de los administradores viene regulada. La LSA establece unas reglas de valoración de las cuentas anuales (arts. 194–197 LSA, y art. 38 C.Co.).

VERIFICACIÓN DE LAS CUENTAS ANUALES.–

Todos los documentos contables vistos tienen que ser verificados por auditores de cuentas.

Están obligadas a verificación todas las S.A. que presenten balance ordinario, y además, en todo caso, también las S.A. que presenten balance abreviado si:

- Cotizan en Bolsa.

- Se dedican a la intermediación financiera.
- Se dedican al seguro privado.
- Emiten obligaciones en oferta pública.

AUDITORES: NOMBRAMIENTO Y FUNCIONES.–

Son personas independientes de la sociedad, habilitadas por el Estado para ejercer esta función, y tienen que estar inscritos en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas que depende del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC).

Los auditores pueden ser personas físicas y jurídicas, y su nombramiento se hará por junta general, que tiene que nombrarlos antes de que finalice el ejercicio auditar, por un período determinado inicialmente no inferior a 3 años ni superior a 9.

En cuanto a los auditores, que pueden ser uno o varios (actuando conjuntamente), su remuneración tiene que estar fijada de antemano, y sólo pueden ser revocados por el juez de primera instancia cuando exista justa causa. Todo ello, para que pueda ser independiente a la hora de realizar el informe.

Funciones:

- Revisar las cuentas anuales.
- Tienen que comprobar que hay concordancia entre las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado.

El desempeño de sus funciones se hace mediante un informe en el que al menos deben incluir todas las observaciones sobre las posibles infracciones, porque los auditores son responsables directa y solidariamente por el cumplimiento de sus obligaciones.

El informe tienen que realizarlo en un plazo mínimo de un mes, y será con o sin reservas: cuando es con reservas, significa que está de acuerdo con la labor de los administradores, y cuando es sin reservas, es que no está de acuerdo con la misma.

Las consecuencias del informe con reservas son que la LSA no establece consecuencias específicas. El mecanismo general consiste en recurrir a la vía general de acción social de responsabilidad.

Para las sociedades que no tienen obligación de llevar a cabo el procedimiento de verificación, sí existe la posibilidad de que lo soliciten los accionistas que representen el 5% del capital, en el plazo de 3 meses desde el cierre del ejercicio.

APROBACIÓN DE LAS CUENTAS ANUALES. LA DISTRIBUCIÓN DE DIVIDENDOS. LAS RESERVAS.–

Esta aprobación la lleva a cabo la junta general ordinaria, y en su convocatoria hay que poner a disposición de los accionistas todos los documentos contables.

Las funciones de la junta general ordinaria son: tiene que tomar 2 acuerdos distintos:

- Deliberar sobre la aprobación de las cuentas del ejercicio anterior (las aprueba o rechaza; pero no modifica).
- Resolver sobre la aplicación del resultado, el cual se aplica tanto si es positivo como si es negativo.

NEGATIVO: existen pérdidas al final del ejercicio. En este caso, hay que recurrir a las reservas para cubrir las

pérdidas, y si no hay reservas y hay pérdidas pequeñas, las incorporará a sus documentos contables para intentar compensarlas con ejercicios posteriores. Si las pérdidas son de más de 2/3 del haber social, hay que reducir el capital obligatoriamente (por tanto, modificación social): art. 160 LSA. Si se queda con un capital inferior a 10000000 pesetas, habrá que disolver la sociedad.

POSITIVO: para entender que existen beneficios distribuibles en un ejercicio económico, tienen que darse dos presupuestos:

- **Formal:** tiene que haber un balance regularmente aprobado en el que se indique que hay beneficios.
- **Material:** para poder distribuir beneficios, tiene que haber pérdidas de ejercicios anteriores. El valor del patrimonio neto debe de ser superior al capital social.

Si hay beneficios distribuibles y no existen pérdidas la junta general tiene que respetar las reservas legales u obligatorias (10% del capital social), y luego puede decidir entre repartir los dividendos, o destinarlos a reservas voluntarias, pero antes tiene que pagarse a los administradores, fundadores y promotores (estos dos últimos tienen ventajas económicas).

Si decide repartir dividendos entre los accionistas, la junta general fija la cuantía global pero no lo que en concreto recibe cada accionista, porque los accionistas participan en proporción al capital social desembolsado, salvo que se hayan creado clases de acciones, porque a través de éstas se pueden modificar su participación.

La junta general, además de fijar la cuantía global, tiene que fijar el momento y forma del pago, y si no lo hace, se entiende que el dividendo es pagadero desde el día siguiente al del acuerdo en el domicilio social. La acción para exigir el dividendo prescribe a los 5 años.

CANTIDADES A CUENTA DE DIVIDENDOS.–

Son anticipos que los administradores entregan a los socios a cuenta del futuro dividendo para estimular al inversor. Estas cantidades nunca son dividendos, sino meros anticipos, y si no surge posteriormente al dividendo, hay que restituir el anticipo.

Para que se puedan realizar estos anticipos, están sometidos a dos condiciones:

- Que los administradores formulen un estado contable en el que se manifiesta que hay liquidez suficiente.
- Que la cantidad que se distribuya no supere la cuantía de los resultados obtenidos desde el fin del último ejercicio, deducidas las pérdidas, reservas e impuestos.

Como constan en la Ley, no necesita que consten en los estatutos.

DEPÓSITO Y PUBLICIDAD DE LAS CUENTAS.–

El depósito debe hacerse en el mes siguiente a la aprobación de las cuentas. La S.A. tiene que depositarlas en el Registro Mercantil de su domicilio social acompañadas de todos los documentos que se formulen junto a las cuentas.

Una vez realizado el asiento de presentación, el registrador dispone de 15 días para calificarlas (calificación formal, no material).

Estas cuentas depositadas tienen que conservarse en el Registro durante 6 años, plazo en el que cualquier interesado puede consultarlas.

Si se incumple la obligación de depósito, se imponen unas sanciones:

- A partir de ese momento, no tendrá acceso al Registro ningún documento relacionado con la sociedad, salvo los relativos al cese o dimisión de los administradores, y a la disolución de la sociedad. Se protege así a los terceros.
- Imposición de una multa por el ICAC, que puede ir desde las 200.000 a los 10 millones de pesetas.

* En cuanto a la **publicidad**, se permite que las S.A. den cualquier tipo de publicidad a las cuentas anuales; la publicidad puede ser íntegra o abreviada.

En todo caso se exige que se especifique cuál es su carácter (íntegra o abreviada), y, si es abreviada, que se especifique dónde están depositados los documentos.

Esta publicidad puede hacerse en moneda española o europea; si se hace en EUROS, tiene que indicarse cuál es el tipo de conversión.

.

TEMA 9: TRANSFORMACIÓN, FUSIÓN Y ESCISIÓN.

TRANSFORMACIÓN DE LA S.A.: CONCEPTO, REQUISITOS Y MODALIDADES.-

Es una modificación estructural que implica el cambio de su tipo social. El art. 223 LSA permite que una S.A. se transforme en colectiva, comanditaria o limitada, conservando su personalidad jurídica. Cualquier otro tipo mercantil también puede transformarse en S.A. Cualquier otro tipo de transformación sería nula. Excepciones: cuando las disposiciones legales especiales lo permitan Ej. La asociación de interés económico.

Los **requisitos** son:

- Tiene que haber un acuerdo aprobado por junta general con el quorum de constitución y aprobación exigido para los acuerdos extraordinarios (art. 103 LSA).
- Este acuerdo debe publicarse 3 veces en el BORME y en 2 periódicos de gran circulación del domicilio social.

La omisión de estos 2 requisitos supone nulidad.

- El acuerdo de transformación se recoge en la escritura pública, en la que constan todas las menciones necesarias para la constitución de la sociedad, más un balance general cerrado el día antes del acuerdo, más un balance final cerrado el día antes al otorgamiento de escritura, más la relación de accionistas y el capital que represente (art. 227 LSA).
- Inscripción en el Registro Mercantil.

Con un acuerdo de transformación no varía la personalidad jurídica de la sociedad, ni es causa de disolución necesariamente (sí sería causa de disolución si una S.L. se transformase en S.A. con un capital inferior a 10 millones de pesetas). Art. 228 LSA establece la conservación de la personalidad jurídica.

La transformación conlleva una afectación de los derechos de los socios y también varía el régimen de responsabilidad:

- En cuanto a los derechos de los socios: para evitar que la transformación perjudique intereses patrimoniales de los socios (sobre todo en beneficio de otros), la transformación no puede modificar las participaciones de los socios en el capital social (art. 229 LSA). Cualquiera que sea la dimensión

de la transformación, se debe respetar esta proporción. Si no se puede respetar esta proporción, los socios que vean reducida su participación en la nueva sociedad transformada, deben consentirlo expresamente.

- En cuanto a la responsabilidad: si una S.A. pasa a ser sociedad colectiva o comanditaria con deudas anteriores a la transformación, la sociedad responde ilimitadamente para proteger a los acreedores y que éstos no vean burlados sus derechos. Estando la sociedad transformada y habiendo deudas anteriores, los nuevos socios también responden porque la nueva sociedad responde ilimitadamente (art. 230 LSA: los socios que en virtud de la transformación asuman responsabilidad ilimitada por las deudas sociales, responderán de las deudas anteriores a la transformación).

Las **modalidades** son:

- Que una S.A. se transforme en una sociedad colectiva o comanditaria: cabe un derecho de separación a favor de los accionistas en el plazo de un mes (art. 225 LSA).
- Que una S.A. se transforme en una S.L.: la LSA da un plazo a los disconformes con esa transformación para vender sus acciones (art. 226).
- Transformación de un tipo social en S.A.: la transformación de sociedad colectiva, sociedad comanditaria y S.L. en S.A., además de los requisitos de adopción del acuerdo de transformación, tienen unas especialidades: en el caso de que la transformación sea de colectiva a anónima, tiene que haber unanimidad de todos los socios (art. 217 RRM); en caso de transformación de comanditaria a anónima, se aplica lo dispuesto en la escritura social (art. 217 RRM); si es de una S.L. a una S.A., el acuerdo se adopta por la junta general con los requisitos de las transformaciones estatutarias sin variar la participación de los socios en el capital social (art. 221 RRM). En ningún caso queda afectada la personalidad jurídica.

Responsabilidad: la transformación en S.A. no libera a los socios colectivos de su responsabilidad solidaria y personal por deudas sociales anteriores, salvo que los acreedores sociales lo consintieran expresamente (art. 232 LSA).

FUSIÓN DE LA S.A.: FUNCIÓN ECONÓMICA, CONCEPTO Y CLASES.-

La fusión es una operación jurídica que afecta a dos o más sociedades que conduce a la extinción de todas o alguna de ellas, y a la integración de sus socios y patrimonios en una sola sociedad ya preexistente o de nueva creación. Tiene que haber una relación real entre los socios fusionados.

La LSA, cuando regula las fusiones en el art. 233, habla de fusión de cualquiera de las sociedades en una S.A. nueva, es decir, que al menos una de las sociedades sea S.A. Se admiten por tanto las fusiones mixtas, es decir, no se exige ni identidad de forma social, ni una identidad en el objeto social.

El art. 233 LSA establece **dos procedimientos** para fusionarse:

- Fusión por creación de una nueva sociedad en una S.A.
- Fusión por absorción de una o más sociedades por otra S.A. ya existente.

Los **presupuestos legales** para la fusión son:

- La extinción de todas o alguna de las sociedades que se fusionan.
- Transmisión en bloque de patrimonios de las sociedades extinguidas a la S.A. nueva o a la absorbente, y una relación real entre los socios (art. 233 y 260 LSA: la S.A. se disolverá por fusión de la sociedad).
- Paso de los socios de las sociedades extinguidas a la S.A. nueva o absorbente.

Fundir sociedades no es sólo unir patrimonios, sino establecer una relación social directa entre los miembros de cada grupo. Los socios de las extinguidas participan en la fusionada recibiendo un nº de acciones proporcional a sus respectivas participaciones. Además, cuando sea conveniente para ajustar el tipo de canje de acciones, pueden recibir además una compensación en dinero que no exceda del 10% del valor nominal de las acciones atribuidas. El tipo de canje es uno de los puntos mejor regulados en la LSA, que pretende proteger a los socios. Por ello, se exige que se calcule tomando como base el valor real del patrimonio (art. 235 LSA), y que en el informe de los expertos que intervienen en la fusión se justifique si el tipo de canje es o no adecuado. El tipo de canje es una mención obligatoria en el proyecto de fusión (arts. 235, 236, 238 LSA). Hay un tipo de acciones excluidas de ser objeto de canje: son las del art. 249 LSA, es decir, las acciones propias de la sociedad.

PERÍODOS DEL PROCEDIMIENTO.-

- Fase preparatoria: hay que redactar el proyecto de fusión y confeccionar los balances.
- Fase decisoria: acuerdos de fusión de cada junta general de cada sociedad que se fusiona.
- Fase ejecutiva: anuncios, escritura pública, inscripción en el Registro, publicación en el BORME, cancelación de los asientos de las sociedades extinguidas.

FASE PREPARATORIA: PROYECTO DE FUSIÓN, INFORMES Y BALANCE.-

*** Proyecto de fusión:**

La fusión requiere voluntad de fusionarse de dos o más sociedades. Los administradores se ponen de acuerdo en redactar un proyecto común de fusión que luego se somete a las respectivas juntas generales, proyecto que debe ser firmado por los administradores, y su contenido viene regulado en el art. 235 LSA (denominación y domicilio de las sociedades participantes de la fusión, el tipo de canje de las acciones, el procedimiento por el que serán canjeadas, la fecha desde la que las operaciones de las sociedades que se extingan deberán considerarse realizadas a efectos contables por cuenta de la sociedad a la que traspasan su patrimonio, los derechos en la sociedad absorbente o en la sociedad nueva para los titulares de acciones y derechos especiales, las ventajas de cualquier clase que vayan a atribuirse en la sociedad absorbente o nueva sociedad a los expertos independientes que intervengan en el acuerdo de fusión y a los administradores de las sociedades que se fusionan, de la absorbente o de la nueva sociedad).

*Para mayor garantía de los terceros y socios, el proyecto se somete a 2 **informes**:

- Elaborado por el administrador de cada sociedad; detallan y justifican los aspectos económicos y jurídicos que justifican la fusión, con especial atención al tipo de canje (art. 237 LSA).
- Informe de expertos independientes designados por el Registrador a solicitud de cada administrador o por todos los administradores en común. Se regula en el art. 236 LSA: es un informe preceptivo. Los expertos tienen derecho a obtener documentación y verificación.

*** Balance de la fusión:**

La redacción y firma del proyecto de fusión condiciona a los administradores para elaborar el balance, que se somete a verificación de auditor cuando la sociedad tenga obligación de auditar, y siempre se somete a aprobación de la junta general cuando delibera sobre la fusión (art. 239 LSA). Sin embargo, no es necesario que sea un balance especialmente elaborado para la fusión; así, el art. 239 LSA dice que vale como balance el balance anual aprobado si se ha cerrado 6 meses antes de la junta que acuerda la fusión, etc. Es importante que se compruebe si ha habido modificaciones importantes del valor real desde el último balance. Si quisiéramos impugnar el balance, podría hacerse, pero tal impugnación no suspendería por sí mismo la ejecución de la fusión.

FASE DECISORIA: LOS ACUERDOS DE FUSIÓN.-

Terminada la fase preparatoria con un proyecto informado y un balance auditado, cada sociedad convoca sus respectivas juntas generales para acordar la fusión ajustándose al proyecto (art. 240 LSA).

Es obligatorio poner a disposición de los accionistas y obligacionistas, etc. unos documentos para que lo puedan consultar en el domicilio social. Estos documentos son:

- Las cuentas auditadas.
- Proyecto de fusión.
- Balances de fusión.
- Informes de los administradores incluyendo el tipo de canje.
- Informes de los expertos independientes.
- Proyecto de escritura de la nueva sociedad.
- Modificaciones de la sociedad absorbente.
- Estatutos de las sociedades que se fusionan.
- Datos personales de los administradores que intervienen.

Los administradores tienen la obligación de informar de cualquier modificación importante del activo o pasivo acaecido desde el proyecto de fusión hasta el acuerdo de la junta.

La convocatoria de la junta debe publicarse un mes antes de la celebración de la junta con las menciones del art. 240 LSA.

La LSA admite fusiones mixtas: permite que la sociedad nueva o absorbente sea comanditaria, colectiva, etc. Se requiere el consentimiento de todos los accionistas que en virtud de la fusión pasen a responder ilimitadamente de las deudas sociales (art. 241 LSA). Rigen por su propio régimen según el tipo de sociedad (colectiva, etc.).

FASE EJECUTIVA.-

Hay que cumplir unos requisitos formales y unas notas especiales sobre publicidad:

- Adoptado el acuerdo de fusión, se publica tres veces en el BORME y en dos periódicos de gran circulación. En ese anuncio se hace constar: el derecho de los accionistas y acreedores a obtener el texto íntegro del acuerdo y el balance de fusión (art. 242 LSA), y el derecho de oposición de los acreedores. La publicidad es importante porque la LSA no permite que se realice la fusión acordada antes de que transcurra un mes desde la fecha del último anuncio de la junta general.
- La fusión debe acordarse en una escritura pública y debe inscribirse en el Registro Mercantil. Se incluirá el balance de fusión, todas las menciones necesarias para la constitución de una sociedad nueva; en su caso, el nº y clase de acciones que se entreguen a los accionistas (art. 244 LSA). Una vez inscrita, se publica en el BORME y se cancelan los asientos registrales de las sociedades extinguidas.

Todo ello, si ningún socio ha ejercido su derecho de oposición, que nace cuando la fusión ha sido acordada por los órganos competentes (juntas generales). Si se ejercita en un mes (art. 243 LSA) este derecho, se suspende la realización de la fusión hasta que se satisfagan los derechos que la Ley otorga a quienes se oponen (art. 166 LSA).

IMPUGNACIÓN DE LA FUSIÓN.-

Es una protección más a los socios que se fusionan. El art. 246 LSA otorga el derecho a ejercitar la acción de nulidad sólo contra fusiones ya terminadas.

La acción se ejercita contra la fusión inscrita en el Registro Mercantil, y sólo se puede basar en la nulidad o anulabilidad de los acuerdos de la junta general, debiendo dirigirse contra la sociedad absorbente o la nueva resultante de la fusión. El plazo para el ejercicio de la acción caduca a los 6 meses desde la fecha en la que la fusión fuera oponible a quien invoca la nulidad.

Si hubiera sentencia declarativa de nulidad, debe inscribirse en el Registro Mercantil, y publicarse en el BORME, pero no afectará por sí misma a las obligaciones nacidas después de la inscripción de la fusión, en cuyo caso, entra en juego la responsabilidad de las sociedades que intervinieron en la fusión, de forma solidaria.

ESCISIÓN DE LA S.A.–

Es una figura relativamente moderna regulada en los arts. 252–259 LSA.

No es un régimen jurídico propio, sino que se remite a las normas reguladoras de la fusión. En el art. 254 LSA dice que se rige, a excepción de los arts. 255 y siguientes de la LSA, por todas las normas relativas a la fusión, entendiendo que, cuando la ley habla de sociedad absorbente o sociedad nueva resultante en sede de escisión, equivale a sociedades beneficiarias de la escisión.

El art. 252 LSA establece el **concepto de escisión** desde una doble perspectiva:

- **Escisión propia:** se extingue necesariamente la sociedad escindida, y su patrimonio se divide en dos o más partes que pasan a otras partes sociales beneficiarias que pueden ser de nueva creación o ya preexistentes, y que reciben en su seno a los accionistas de la sociedad escindida.
- **Escisión impropia:** no hay extinción de la escindida, sino que ésta mantiene su patrimonio en parte: escinde una parte del patrimonio y lo transmite a uno o más beneficiarios, pudiendo ser de nueva creación o ya existentes.

Los **presupuestos legales** son:

- La sociedad que se escinde debe ser S.A., sin perjuicio de que las beneficiarias puedan ser de otra clase.
- Sólo cabe escisión si la sociedad escindida tiene sus acciones íntegramente desembolsadas.
- Las sociedades beneficiarias pueden ser de nueva creación o ya existentes.
- La escisión debe operarse en bloque, es decir, sucesión universal.

En relación a esta sucesión universal, el proyecto de escisión tiene que mencionar la designación y el reparto de activo y pasivo que se transmite a las beneficiarias como contraprestación a los elementos patrimoniales que pasan de la escindida a la beneficiaria; las beneficiarias entregan a los accionistas de las escindidas acciones o participaciones en proporción al capital que tuvieran en la escindida (art. 255 SA).

En el caso de que existan 2 ó más beneficiarias, la atribución a los accionistas de la escindida de acciones o participaciones de una sólo de ellas requiere el consentimiento de los afectados.

Peculiaridades de la escisión propia:

- Cuando un elemento del activo no se ha atribuido en el proyecto de escisión a una beneficiaria y tampoco se pueda interpretar su reparto, se distribuye, bien el activo, bien su contravalor entre todas las beneficiarias proporcionalmente al activo atribuido a cada una en el proyecto de escisión (art. 255.2 LSA).
- Cuando se trata de un elemento del pasivo que no se atribuye expresamente en el proyecto de escisión a un beneficiario y tampoco se puede interpretar sobre quién recae, todas las beneficiarias responden solidariamente de él (art. 255.3).

Peculiaridades de la escisión impropia:

- El patrimonio social que se divide debe formar una unidad económica (art. 253 LSA).
- Si la parte que se divide está constituida por distintas empresas, establecimientos o servicios, pueden atribuirse a la beneficiaria las deudas contraídas para organizar y poner en funcionamiento la empresa que se traspasa (art. 253.2).

Fases de la escisión: art. 254 LSA (remisión a las fases de la fusión).

- Proyecto de escisión: redactado y firmado por los administradores, con las menciones del art. 235 LSA. El art. 255.1 LSA se aplica en último lugar.
- Informe de expertos independientes (art. 256 LSA) e informe de los administradores (art. 257 LSA).
- Balance de escisión (art. 239).
- Aprobación del proyecto de escisión y de los respectivos balances por las juntas generales de las sociedades que intervienen.

Los administradores tienen la obligación de informar sobre las modificaciones sustanciales de activo o pasivo entre el proyecto de escisión y la reunión de la junta general.

Hay unas formalidades:

- Escritura pública de escisión.
- Inscripción en el Registro Mercantil.
- Publicación en el BORME.

En la escisión, igual que en la fusión, existe una tutela para los acreedores sociales: derecho de oposición más una responsabilidad solidaria de las sociedades beneficiarias (art. 259 LSA).

Cabe la impugnación de la escisión, aplicando el art. 246 LSA: es necesario para ello que la escritura de escisión esté inscrita en el Registro Mercantil para que se pueda impugnar la escisión.

.

TEMA 10: DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN.

DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN Y EXTINCIÓN DE LA S.A.–

La extinción de la sociedad no es un acontecimiento instantáneo, sino que es resultado de un proceso complejo. La LSA regula su muerte, exigiendo que ponga fin a sus relaciones jurídicas con otros sujetos de derechos (socios y acreedores), es decir, que elimine la organización creada.

La extinción elige el procedimiento de disolución y liquidación de la sociedad, por lo que el art. 266 LSA dice que, disuelta la sociedad, se abre el período de liquidación.

La disolución es presupuesto para la extinción de la sociedad. La extinción no es instantánea, sino que opera a través de un proceso complejo, lo cual nos ayuda a trazar una línea clara que es la disolución, que separa el período de vida activo del período de vida liquidatorio.

Esta disolución puede producirse como consecuencia de un acto jurídico o de un hecho jurídico. Ej. Acuerdo de la junta general, transcurso del plazo de vida de la sociedad, etc.

La disolución opera automáticamente.

La relación entre disolución y liquidación es que la ésta es consecuencia de la disolución.

FORMAS DE DISOLUCIÓN.-

Existe una falta de uniformidad en las circunstancias disolutorias porque no todas operan de igual forma. Por eso existen 4 procedimientos de disolución:

- Disolución por acuerdo extraordinario de la junta general: la disolución se produce por el acuerdo, que abre la liquidación y finaliza el poder de los administradores.
- Disolución automática o de pleno derecho: se produce cuando acaece un hecho al que el ordenamiento anuda la disolución (transcurso del plazo para el que la sociedad se constituyó).
- Disolución por acuerdo ordinario de la junta general o por resolución judicial: por concurrencia de causa legítima: son los casos del art. 260, apartados 1, 3, 4, 5, y 7 y art. 262 LSA. Requisitos: tiene que haber concurrencia de causa por ley o por los estatutos, y tiene que haber acuerdo o resolución judicial.
- Disolución por quiebra: en la S.A., la declaración judicial de quiebra no obliga a los administradores a convocar junta ni abre paso a la resolución judicial (en la S.L., la declaración judicial de quiebra abre paso a la disolución; es causa de disolución).

En cualquiera de estos 4 procedimientos, el efecto es el mismo: la apertura de la liquidación, y, en cualquier caso, el acuerdo de disolución o la resolución judicial se inscriben en el Registro Mercantil y se publican en el BORME.

LAS CAUSAS DE DISOLUCIÓN.-

Estas causas son competencia del legislador en cuanto a las circunstancias que la producen, en cuanto al momento en que se producen, y en cuanto a los requisitos. Tienen un perfil sancionador.

Las causas pueden ser legales y/o estatutarias: son imperativas y taxativas, y las estatutarias vienen reguladas en el art. 260.7 LSA

• Causas legales (art. 260 LSA): vienen reguladas en el art. 260 LSA:

- Por acuerdo de la junta general: requiere que se trate de un acuerdo extraordinario conforme al art. 103 LSA. Igual que la S.A. nace por acuerdo de los socios, puede morir por acuerdo de los mismos (art. 260.1 LSA).
- Por cumplimiento del término fijado en los estatutos (art. 260.2 LSA), salvo prórroga del mismo antes de que llegue el plazo, o mediante plazo indefinido.
- Por conclusión del objeto social (art. 260.3 LSA): se puede salvar la disolución mediante su modificación.
- Por imposibilidad de realizar el fin social o mantener el funcionamiento de la sociedad (art. 260.3 LSA): se entiende en un sentido amplio: cualquier circunstancia interna o externa que imposibilite la realización del fin social determinado en los estatutos. Se puede salvar mediante la modificación del objeto o abrir el ámbito del objeto social.
- Por consecuencia de pérdidas (art. 260.4 LSA) que deje el patrimonio en una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que se aumente o disminuya el capital en la cuantía necesaria.
- Por reducción del capital por debajo del mínimo legal (art. 260.5 LSA).
- Por fusión o escisión total (art. 260.6 LSA).
- Por quiebra de la sociedad (ante una situación de crisis; se trata de un procedimiento que lleva a liquidar el patrimonio, pero no a extinguir la sociedad). Cabe la reactivación de la sociedad incurso en liquidación.

Una vez que la sociedad está disuelta por cualquier causa, sí conserva su personalidad jurídica, hasta la extinción e inscripción de la escritura de extinción en el Registro Mercantil.

Los efectos de la disolución son: inmediatamente entramos en estado de disolución. Las S.A. tienen obligación de añadir en su nombre la expresión en liquidación para que los terceros sepan en qué situación se encuentra la sociedad.

Hay casos en que no opera una liquidación: en caso de fusión y escisión (o cualquier cesión global de activo y pasivo), no entra la sociedad en liquidación.

Acaecen 3 cambios: una vez disuelta la sociedad, entramos en la fase de liquidación:

- Se sustituye la actividad lucrativa por una actividad liquidatoria, es decir, se sustituye el objeto social.
- Los administradores cesan en su poder de representación y son sustituidos por los liquidadores.
- Se sustituye el balance anual por el de estado de cuentas cuando la liquidación se prolongue durante más de un año.

EL PROBLEMA DE LA REACTIVACIÓN DE LA SOCIEDAD DISUELTA.–

El art. 242 RRM lo admite ya expresamente desde 1996. No se puede afirmar de forma general que sí se permite, sino sólo examinándolo caso por caso: puede reactivarse si desaparece la causa que provocó la disolución.

- Disolución por transcurso del término: no cabe reactivación, excepto una de las resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado, que sí lo permite..
- Disolución por conclusión de la empresa que constituye el objeto: no cabe reactivación porque no puede existir una sociedad sin objeto. Pero, como esta causa no es de disolución automática, necesitaremos la concurrencia de esta causa más el acuerdo de la junta general, en el cual pueden decidir la prórroga y ampliar el objeto.
- Disolución por imposibilidad manifiesta de realizar el fin social: se puede reactivar cuando desaparezca esta causa.
- Disolución por pérdidas que reduzcan el patrimonio a una cantidad mayor a la mitad del capital social: cabe reactivación cuando exista un acuerdo de la junta general de aumento o disminución del capital social, con el límite de los 10 millones de pesetas.
- Disolución por estar el capital reducido por debajo del mínimo legal (10 millones de pesetas): cabe reactivación mediante el acuerdo de aumento de capital social, hasta completar como mínimo los 10 millones de pesetas.
- Disolución por acuerdo de la junta general: cabe reactivación cuando exista un acuerdo posterior de la junta general revocando la disolución.
- Disolución por causa establecida en los estatutos: depende de lo que digan éstos.
- Disolución por quiebra: cabe reactivación cuando la sociedad concluya con los acreedores un convenio cuyo objeto sea la continuación de la empresa (después del acuerdo de la junta general).

Cabe continuación forzosa de las sociedades disueltas por motivos de interés social, económico, etc. Los accionistas que representen al menos la 1/5 parte del capital desembolsado, o el personal de la empresa pueden solicitar esta continuación. Es ordenada por el Gobierno mediante Decreto, en el que establece la forma en que debe subsistir la sociedad y las compensaciones que reciban los accionistas si son expropiados de su derecho. El Decreto reservará a los accionistas reunidos en junta general el derecho a prorrogar la vida de la sociedad y a continuar la explotación de la empresa, siempre que el acuerdo se adopte en el plazo de 3 meses desde la publicación del Decreto (art. 265 LSA).

LA LIQUIDACIÓN: CONCEPTO Y CARACTERES.–

La liquidación no es un acto, sino un proceso que entrañan una serie de operaciones dirigidas a hacer posible el reparto del patrimonio social entre los accionistas, previa satisfacción de los acreedores sociales.

Su finalidad es traspasar el patrimonio social a los singulares accionistas en la proporción que corresponda a cada uno. Subsiste la personalidad jurídica de la sociedad durante la liquidación.

Características:

- Subsiste la personalidad jurídica de la sociedad.
- Cambia su objeto social.

Efectos:

- Cesan los administradores en su poder de representación y comienzan los liquidadores.

LOS LIQUIDADORES.-

Son los encargados de practicar la liquidación. Son órgano gestor y representativo de la sociedad disuelta. Las lagunas en materia de liquidadores se resuelven mediante remisión a las normas sobre los administradores. Se diferencian en que el ámbito de poder es más reducido en los liquidadores: los liquidadores son aquellos que realizan todas las operaciones necesarias para liquidar la sociedad (art. 272 LSA). Es un órgano necesario: sin liquidadores no hay liquidación válida.

Nombramiento: se realiza según lo digan los estatutos. Si no dicen nada, es la junta general la que tiene que designarlos (ordinaria o extraordinaria: art. 102 LSA). Debe nombrarse al mismo tiempo que se acuerda la disolución: desde que la sociedad entra en liquidación, cesan los administradores en su poder de representación. Puede ocurrir que no se nombren liquidadores: en este caso, los administradores continúan sus funciones hasta que se nombre a los liquidadores; pero no implica la conversión automática de administrador en liquidador. El liquidador no es tal hasta que no acepta expresa o tácitamente su nombramiento. Su cargo cesa por extinción de la sociedad, salvo que sea revocado por la junta general o por resolución judicial, cuando medie causa justa y a petición de la 1/20 parte del capital social (art. 280 LSA).

EXTINCIÓN DE LA SOCIEDAD.-

El art. 247 RRM establece la obligación de cancelar los asientos registrales para la extinción de la sociedad. Así mismo, requiere que se extienda escritura pública de extinción, unida a la cancelación de dichos asientos registrales, y esta escritura la otorgan los liquidadores, y al menos contiene 3 menciones para garantizar la correcta liquidación:

- Que ha transcurrido el plazo de impugnación del acuerdo de aprobación del balance final sin haberse producido impugnaciones, y, si se hubieran producido, consignar que alcanza firmeza por sentencia.
- Que se ha pagado a los acreedores o se han consignado sus créditos; en caso de cesión global del activo y del pasivo (es una forma de extinguir la sociedad, que consiste en transmitir el activo (créditos) y el pasivo (deudas) a un tercero o a algún o algunos socios de la sociedad a extinguir, hay que decir si no ha existido oposición, y si ha existido oposición a la cesión global del activo y del pasivo, hay que decir quién se opuso. En el caso de que se hubieran prestado garantías, hay que decir cuáles; etc.
- Consignar la cuota resultante de la liquidación al socio o consignar su importe en una entidad financiera del lugar donde radique el domicilio de la sociedad.

La escritura debe inscribirse en el Registro Mercantil como objeto de control de las manifestaciones de los administradores.

La extinción presenta 2 problemas:

- Determinar si es suficiente una liquidación formal o si es necesaria una liquidación material. La liquidación formal consiste en que, por el hecho de haber cumplido el procedimiento de extinción legalmente establecido, se produce la extinción, aunque no se hubieran eliminado realmente las relaciones jurídicas. Si se trata de liquidación material, es necesaria la extinción total de todas las relaciones jurídicas. Se tendría que dar por buena la liquidación formal de la sociedad porque da más certeza jurídica, pero para ello habría que garantizar la tutela a los acreedores y a los socios de una forma más tuitiva. Se puede decir finalmente que, en las S.A., es suficiente una liquidación material que elimine todas las relaciones jurídicas (art. 279 LSA: la protección en las S.A. es una posibilidad de ir contra los administradores por responsabilidad, siempre que concurra dolo o culpa grave). En las S.L., los acreedores y los socios están más protegidos que en la S.A. porque se utiliza la liquidación formal, que da mayor seguridad jurídica, y los administradores responden de las deudas sociales por dolo o culpa grave o leve, o sólo por culpa o dolo grave como en las S.A. (art. 123 LSRL).
- El momento en que debe considerarse extinguida la sociedad: la S.A. se extingue mediante liquidación material completa; si no se extinguen todas las relaciones jurídicas, la sociedad no se extingue. Pero además es necesario que se inscriba la escritura de extinción de la sociedad en el Registro Mercantil, y es necesario que se cancelen los asientos registrales.

TEMA 11: LAS OBLIGACIONES.

CONCEPTO, CARACTERÍSTICAS Y CLASES DE OBLIGACIONES.–

La obligación es un valor mobiliario, es decir, un valor emitido en masa, susceptible de cotización en Bolsa de Valores, e intervenidos por fedatario público.

Se caracterizan por ser:

- Iguales.
- Acumulables
- Indivisibles.
- Transformables (están sujetos a las leyes aplicables).

Las obligaciones pueden **representarse** mediante:

- Títulos: pueden ser obligaciones nominativas o al portador; tienen fuerza ejecutiva, y son transferibles según las normas del C.Co. y las leyes aplicables. Los títulos deben estar numerados y deben ser iguales todos aquellos títulos que pertenezcan a una misma emisión. Deben contener las menciones del art. 291 LSA (designación específica, características de la sociedad emisora, el lugar donde ésta debe pagar, fecha de la escritura de emisión y la designación del Notario y protocolo respectivo, importe de la emisión en moneda española; el nº, valor nominal, intereses, vencimientos, primas y lotes del título si los tuviese, las garantías de la emisión, y la firma al menos de un consejero o administrador.
- Anotaciones en cuenta: son más frecuentes y se rigen por la Ley del Mercado de Valores. Cuando pretendan acceder o mantenerse cotizadas en Bolsa de Valores, siempre se representarán mediante anotaciones, es decir, nunca mediante títulos.

No es lo mismo obligación que acción, porque, en la obligación, su suscripción no confiere la cualidad de socio, por tanto tampoco será titular de los derechos inherentes a los socios.

La relación jurídica se explica de la siguiente forma: de un lado, está el obligacionista, que ostenta unos derechos de crédito frente a la sociedad. Del lado pasivo, la sociedad frente al obligacionista tiene una deuda:

restituirle el valor desembolsado. Por tanto, el obligacionista no se integra en la organización social, sino que su única relación con la sociedad es el crédito.

El régimen de emisión de las obligaciones tiene 2 problemas:

- Existe una preocupación por el endeudamiento de cierta importancia por parte de la sociedad. Por eso no son los administradores sino la Junta General la que participa en el acto de la emisión que la sociedad se va a endeudar emitiendo obligaciones, es decir, la emisión de obligaciones se acuerda en Junta General, no por voluntad de los administradores.
- Existe un régimen especial de tutela a los suscriptores de obligaciones (art. 282 – 310 LSA, art. 310 – 319 RRM, Ley del Mercado de Valores, y Real Decreto 291/1992, de 27 de marzo sobre emisiones y ofertas públicas de venta de valores).

Clases de obligaciones: existen varios criterios:

- Obligaciones incorporadas a títulos o a anotaciones en cuenta.
- Si se trata de títulos, pueden ser nominativas o al portador: tiene importancia para la transmisión del título.
- Según la garantía que tiene la obligación, pueden ser obligaciones ordinarias (la garantía es el patrimonio general de la sociedad), garantizadas (además del patrimonio general de la sociedad, hay otras especiales, como las garantías hipotecarias, del Ayuntamiento, etc.), y subordinadas (se diferencian de las anteriores por que en el orden de prelación en el cobro, van después de las garantizadas y de las ordinarias).
- Obligaciones con y sin prima. La prima es un incentivo más para la emisión. Pretende paliar el perjuicio que sufre el obligacionista con el transcurso del tiempo por la devaluación monetaria, al ser amortizada su obligación. Para ello se prevén en el momento de la emisión unas primas cuya cuantía crece de forma proporcional al aumento del plazo en que esté prevista la amortización del título.
 - En las obligaciones sin prima, el obligacionista abona el valor nominal entero, y al término del plazo de amortización, la sociedad le reintegra el valor nominal con intereses.
 - En las obligaciones con prima, el obligacionista lo que desembolsa no es el valor nominal, sino un poco menos, y al término del plazo de amortización, la sociedad le reintegra el valor nominal entero. Si son obligaciones convertibles, está prohibida la emisión con prima.
- Obligaciones a interés fijo (es lo habitual) o variable (el Mº de Economía y Hacienda puede prohibirlas o someterlas a autorización previa).
- Obligaciones convertibles o no convertibles: sólo pueden ser convertibles cuando son emitidas por una S.A. o por sociedades en comandita por acciones.

LA EMISIÓN DE OBLIGACIONES.–

A través de la emisión, la sociedad obtiene financiación recurriendo al Mercado de Valores o de Ahorro (en las SRL no está permitido emitir obligaciones para evitar la financiación de la sociedad por terceros). Las obligaciones son fondos ajenos, nunca propios de la sociedad. El legislador fija un régimen de emisión que ofrezca suficientes garantías porque es un acto de suficiente relevancia en el sentido de que se compromete el patrimonio social.

Es un proceso que se inicia con el acuerdo de la sociedad de emitir obligaciones, que ha de ser recogido en la escritura pública e inscrito en el RM, y que culmina con la suscripción de obligaciones y la entrega de los títulos o valores.

El acuerdo de emisión se adopta por la Junta General, en el que se fijan las condiciones de la emisión sujetándose a la Ley y a los estatutos sociales. Dentro de los límites de la Ley y de los estatutos, la Junta General tiene amplias facultades para fijar la modalidad, las condiciones de la emisión, los requisitos de

constitución, etc. Requiere acuerdo en Junta General Extraordinaria.

En todo caso, la sociedad puede emitir obligaciones siempre que éstas no superen el capital desembolsado más las reservas que figuren en el último balance aprobado. Además hay 2 condiciones obligatorias:

- Hay que constituir una Asociación para la defensa de los obligacionistas: es el llamado *sindicato de obligacionistas*, que se forma a medida que se suscriben las obligaciones.
- La sociedad tiene que designar un comisario que concurra al otorgamiento del contrato de emisión en nombre de los futuros obligacionistas.

Puede ocurrir que la Junta General delegue aspectos de la ejecución del acuerdo, y también que autorice a los administradores a acordar ellos mismos la emisión. En caso de delegación en los administradores, tienen un plazo de 5 años para ejercer esa facultad, y si no lo ejercitan, la facultad caduca.

El acuerdo se formaliza en escritura pública, y contiene las menciones identificadoras de la sociedad emisora, desarrollo, condiciones, garantías, reglas de la emisión, reglas para regular las relaciones jurídicas entre la sociedad y el sindicato, etc. (art. 285 LSA).

El informe se inscribe en el RM, y si hubiere garantías especiales, en sus respectivos registros (Registro de Hipotecas y Prendas sin desplazamiento). Las obligaciones no se pueden poner en circulación hasta la inscripción de la escritura, además del anuncio en el BORME como requisito previo a la suscripción y a su puesta en circulación.

El anuncio está sometido a riguroso control de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Viene regulado en el art. 286 LSA: el anuncio debe contener las menciones del art. 285 antes mencionadas, así como el nombre del Comisario. Los administradores que incumplan esto responden solidariamente ante los obligacionistas de los daños causados por culpa o negligencia.

• Suscripción:

Conlleva para el obligacionista la ratificación plena del contrato de adhesión y su adhesión al sindicato: es una declaración de voluntad dirigida a la sociedad, tendente a la adquisición de la condición de obligacionista mediante su adhesión al contrato de emisión, y se realiza en un plazo de tiempo. Ratificación plena significa que los suscriptores no pueden modificar las condiciones del contrato de emisión del art. 286 LSA. Una vez agotada la suscripción, o agotado el plazo de suscripción, se hace constar en el RM en virtud de acta notarial (por el Comisario y los administradores).

La suscripción total de obligaciones tiene tratamiento distinto de la suscripción incompleta, es decir, si no se cubre la totalidad de la emisión, lo cual supone que la sociedad optará entre reducir el importe de la emisión no suscrito, o prorrogar el plazo de la emisión.

La condición de obligacionista se adquiere en el momento de la suscripción; una vez suscritas las obligaciones, el obligacionista debe entregar el importe del desembolso total o parcial, y la sociedad queda obligada a entregarle los títulos o practicar las anotaciones en cuenta (según cómo estén representados), y a cumplir las obligaciones asumidas frente a él en la forma establecida en la emisión.

EL COMISARIO.-

Es reflejo del deseo del legislador de establecer una organización para la defensa de los intereses de los obligacionistas. Es un órgano del sindicato de obligacionistas al que se confiere su gestión y representación. Es el cauce de las relaciones entre la sociedad y el sindicato.

Mientras el sindicato no exista, el comisario designado en la escritura de emisión es un gestor de los intereses de los futuros obligacionistas; es designado por la sociedad emisora, y los obligacionistas podrán, en su caso, exigirle responsabilidad. Participa en el proceso de emisión desde el momento del otorgamiento de la escritura misma.

La suscripción comienza desde el momento en que suscribe el primer obligacionista. El sindicato existe desde que suscribe el primer obligacionista, y desaparece cuando ya no hay obligacionistas en una misma emisión.

La figura del Comisario definitivo presupone la existencia del sindicato porque, una vez suscrita la emisión, el comisario nombrado por la sociedad emisora puede ser ratificado o destituido del cargo por la Asamblea General. Es Presidente del sindicato, y sus facultades son:

- Las que establezca el contrato de emisión, y las que pueda atribuir la Asamblea General de Obligacionistas después.
- Representación legal del sindicato; puede ejercitar acciones.

Sus competencias son:

- Convocar y presidir la Asamblea General.
- Asistir con voz y sin voto a las deliberaciones de la Junta General de la sociedad.
- Informar a la sociedad emisora de las acciones del sindicato.
- Requerir informes de la sociedad emisora.
- Presenciar los sorteos que hubiesen de celebrarse para la adjudicación de los títulos o para la amortización de obligaciones. Tiene que vigilar el pago de los intereses y del principal.
- Si son obligaciones ordinarias, tiene que examinar la contabilidad social de la sociedad emisora y asistir con voz y sin voto a las reuniones del Consejo de Administración.
- Adoptar las medidas establecidas en caso de demora en el pago de los intereses (ver el derecho a percibir intereses y la demora).

EL SINDICATO DE OBLIGACIONISTAS.–

Es una asociación para la defensa de los obligacionistas, formado por:

- Un Comisario: es un órgano unipersonal de gestión, representante legal del sindicato.
- Asamblea General de Obligacionistas: es un órgano colectivo y deliberante.

Los gastos normales del sindicato corren a cargo de la sociedad emisora (art. 296 LSA). Es una asociación de tipo corporativo, y es necesaria en la emisión de obligaciones por las S.A. Debe constituirse un sindicato por cada emisión de obligaciones.

Asamblea General de Obligacionistas:

- Convocatoria: pueden convocarla los administradores de la sociedad emisora y el comisario. El comisario está obligado a convocarla una vez constituido el sindicato para aprobar o censurar su gestión, y para confirmarle o sustituirle del cargo. En esta primera convocatoria tiene que aprobarse el reglamento interno del sindicato. El comisario también puede convocar la Asamblea General a solicitud de los accionistas titulares de la vigésima parte de las obligaciones emitidas y no amortizadas. La convocatoria puede hacerse de cualquier forma con que los accionistas puedan enterarse, excepto en los supuestos especiales, en que la convocatoria se hará conforme a los arts. 97 y 299 LSA, es decir, deberá ser anunciada la convocatoria en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia, por lo menos con una antelación de 15 días a la fecha fijada para su celebración. En el anuncio deberán expresarse la fecha de la reunión en primera convocatoria, y todos los asuntos a tratarse. Los administradores pueden asistir a estas reuniones

aunque no hayan sido convocados.

- **Constitución:** la Asamblea General se constituye bajo la presidencia del Comisario. Deben concurrir el n° de obligacionistas exigido en la escritura de emisión: en primera convocatoria, es necesario que queden representados 2/3 partes de las obligaciones en circulación; si no se consigue este *quorum*, vale cualquier n° de asistentes, si está válidamente constituida.
- **Acuerdos:** los tomados por mayoría absoluta de los obligacionistas, incluso disidentes y no asistentes. Su impugnación viene regulada en los arts. 115 y ss LSA (son impugnables los acuerdos que sean contrarios a la Ley, a los estatutos o lesionen los intereses de la sociedad. Son nulos los acuerdos contrarios a la Ley. Los demás acuerdos a que se refiere el apartado anterior serán anulables. No pueden impugnarse los acuerdos cuando hayan sido dejados sin efecto o sustituido válidamente por otro. Si es posible eliminar la causa de impugnación, el Juez otorgará un plazo razonable para que pueda ser subsanada).

El art. 300 LSA regula las competencias de la Asamblea General: tiene facultad para acordar lo necesario para la mejor defensa de los legítimos intereses de los obligacionistas frente a la sociedad emisora; modificar las garantías establecidas, destituir o nombrar al comisario, ejercer las acciones judiciales correspondientes y aprobar los gastos ocasionados por la defensa de los intereses comunes.

DERECHOS DE LOS OBLIGACIONISTAS. RECOGIDA DE OBLIGACIONES.–

Son fundamentalmente 2 los derechos de los obligacionistas:

1.– Recibir periódicamente los intereses estipulados: para hacerlo efectivo, en los títulos se deben hacer constar las fechas en que se hará el pago de los intereses (vencimientos). En caso de que la sociedad se retrase más de 6 meses en el pago de los intereses vencidos, el comisario podrá proponer al Consejo de Administración la suspensión de cualquiera de los administradores y convocar la junta general de accionistas, si aquéllos no lo hicieren, cuando estime que deben ser sustituidos (art. 304 LSA). La obligación es un título que lleva aparejada la ejecución. Los intereses de los títulos amortizados que el obligacionista cobre de buena fe no pueden ser objeto de repetición por la sociedad emisora (art. 307 LSA). La norma legal que así lo establece es imperativa y contra ella no cabe estipulación en contrario.

2.– Derecho al reembolso del principal: debe realizarse el reembolso de los títulos por la sociedad emisora en el plazo convenido, con las primas, lotes y ventajas que en la escritura de emisión se hubiesen fijado. La sociedad emisora está obligada a realizar los sorteos periódicos en los términos y formas previstos por el cuadro de amortización, con intervención del comisario y siempre en presencia de notario público, que levantará el acta correspondiente. La falta de cumplimiento de esta obligación autorizará a los acreedores para reclamar el reembolso anticipado de los títulos (art. 308 LSA).

La amortización se somete al principio de la autonomía de la voluntad, pero existen 2 límites:

- El reembolso debe existir siempre.
- El obligacionista debe cobrar por delante de los accionistas como acreedores sociales.

Modo de amortización: el reembolso no suele hacerse en bloque, sino de una manera gradual y progresiva:

- Mediante el plan de amortización se consigue un reparto de la carga financiera; el plan determina el n° de títulos que deben ser recogidos en cada fracción.
- Mediante los sorteos, se determinan los títulos que deben amortizarse en cada caso.
- Amortización parcial o proporcional de todas las obligaciones: consiste en ir reembolsando periódicamente parte del capital social a la vez que se abonan los intereses, de forma que, al llegar al vencimiento único para todas las obligaciones, hayan quedado pagados todos los intereses y reembolsado el capital. El problema está en que, al irse reduciendo la deuda, se reducen también los intereses.

- Amortización periódica o por sorteo: es más usual: se reembolsa en los plazos previstos una cantidad de títulos determinados por sorteo, es decir, se amortiza íntegramente un nº de títulos mediante la entrega del valor con o sin prima, o por conversión en acciones. Esta modalidad tiene 2 submodalidades:
 - Amortización de un nº fijo de títulos todos los años o cada cierto nº de años.
 - Amortización progresiva (es más habitual): la S.A. afecta todos los años una cantidad igual de dinero, que comprende el pago de intereses y la parte X (los títulos que decida amortizar); esta cantidad se llama anualidad. Es la amortización más usada porque permite amortizar cada año mayor nº de títulos, porque será menor la cantidad destinada al interés.

El plan de amortización puede ser de lo más variado; incluso puede alterarse por la sociedad si está admitido en la escritura de emisión para adelantar el pago.

El **sorteo** determina las obligaciones a amortizar; tiene unas garantías y publicidad que son: cumplir la forma y términos de la escritura con presencia de un Notario y del comisario. Puede haber 2 incumplimientos:

- El incumplimiento de la obligación de sortear: los obligacionistas pueden solicitar el sorteo anticipado de los títulos.
- El incumplimiento de la obligación de amortizar: también cabe solicitar la amortización anticipada.

- **Recogida de las obligaciones:**

Además de la amortización (que es una extinción gradual), hay otras formas de extinción del préstamo o recogida de obligaciones: la sociedad puede recoger o rescatar las obligaciones de forma anticipada de 4 formas (art. 306 LSA):

- Por decisión unilateral de la sociedad: cuando se hubiera reservado esta facultad en la escritura de emisión.
- Mediante la adquisición en Bolsa por la sociedad: la sociedad está obligada a amortizarlas.
- Por convenio expreso entre la sociedad y el sindicato (art. 95 LSA).
- Por conversión de las obligaciones en acciones, cuando estuviera previsto en la escritura de emisión, o cuando lo aprobase en la junta general con el consentimiento de todos los obligacionistas.

LAS OBLIGACIONES CONVERTIBLES.-

Una de las variedades de la emisión de obligaciones es la emisión de obligaciones convertibles en acciones. La S.A. puede emitir las siempre que la junta general determine las bases y modalidades de emisión. La junta general tiene que aprobar el acuerdo de aumento del capital social en la cuantía necesaria para la conversión. La junta general puede delegar en los administradores la facultad de acordar la emisión, y también la facultad de fijar determinados extremos de la emisión de esta clase de acciones. Antes de la convocatoria de la junta, los administradores deben redactar un informe explicando las bases y modalidades de la conversión, y otro informe de los auditores de cuentas.

En todo caso, las obligaciones convertibles nunca se pueden emitir por una cifra inferior al valor nominal (es decir, acciones con prima), ni tampoco se pueden convertir obligaciones en acciones si las obligaciones en su valor nominal son inferiores a las acciones.

El art. 294 LSA establece el **régimen de conversión**: salvo que la junta general acuerde otro procedimiento, los obligacionistas pueden solicitar en cualquier momento la conversión, en cuyo caso, los administradores dentro del primer mes de cada semestre emitirán las acciones que correspondan a los obligacionistas que hayan solicitado la conversión durante el semestre anterior e inscribirán durante el siguiente mes en el RM el aumento de capital correspondiente a las acciones emitidas.

La junta general debe señalar el plazo máximo para que pueda llevarse a efecto la conversión. En tanto ésta sea posible, si se produce un aumento del capital con cargo a reservar o se reduce el capital por pérdidas, deberá modificarse la relación de cambio de las obligaciones por acciones, en proporción a la cuantía del aumento o de la reducción de forma que afecte de igual manera a los accionistas y a los obligacionistas.

La junta general no podrá acordar la reducción del capital mediante restitución de sus aportaciones a los accionistas o condonación de los dividendos pasivos, en tanto existan obligaciones convertibles, a no ser que, con carácter previo y suficientes garantías, se ofrezca a los obligacionistas la posibilidad de realizar la conversión.

.

DERECHO DE LA CONTRATACIÓN MERCANTIL

TEMA 14: OBLIGACIONES Y CONTRATOS MERCANTILES.

LA BIPARTICIÓN ENTRE OBLIGACIONES Y CONTRATOS CIVILES Y MERCANTILES. TENDENCIA A LA UNIFICACIÓN.–

El empresario cuenta con instrumentos jurídicos para el ejercicio de su actividad. Estos instrumentos jurídicos mercantiles son:

- Contratos mercantiles.
- Títulos – valor.

Nuestro legislador sigue la técnica francesa que concibe el Derecho Mercantil como el derecho de los actos de comercio, sean o no comerciantes quienes los realizan (art. 2 C.Co.).

Los contratos mercantiles delimitan la materia y son fuente de obligaciones mercantiles. El Derecho Mercantil es un derecho de obligaciones. El C.Co. se estructura en 4 apartados:

- Título IV del Libro I: Disposiciones Generales de los contratos o actos de comercio.
- Libro II: contratos especiales de comercio.
- Título III del Libro III: contratos marítimos.
- Libro IV: quiebra y suspensión de pagos (procedimiento de ejecución universal para asegurar el cumplimiento de la obligación mercantil).

Se puede afirmar que el Derecho Mercantil es un derecho de obligaciones. Resalta más esta obligación si pensamos en su función económica como instrumento jurídico de circulación de bienes y organización de factores de producción. En todo caso, existe una doble regulación para las obligaciones y los contratos: Derecho Civil y Derecho Mercantil.

Las causas de esta doble regulación es que el Derecho Mercantil surge como un derecho especial al lado del general (Civil). No existe una Teoría General de las obligaciones del Derecho Mercantil, aunque hay autores que sí lo defienden (arts. 1088 y ss. C.c.). Existe un Derecho Civil de obligaciones con unas especialidades ese régimen general (art. 50–63 C.c.). Estas especialidades se basan en las características especiales del Derecho Mercantil (derecho de contratación en masa que vincula al matrimonio más que a personas). Esto ha propiciado que los privatistas actuales (la mayoría) defiendan esta unificación del derecho de obligaciones, que supondría la culminación de una evolución iniciada desde el nacimiento del Derecho Mercantil y que se manifiesta bien en una comercialización del Derecho Civil, bien en una generalización del Derecho Mercantil. Esta comercialización se constata a través de unos fenómenos:

- Las normas e instituciones nacidas en el Derecho Mercantil pasan al Derecho Civil. Ej. Régimen de la prescripción, la presunción de solidaridad de las obligaciones, etc.
- Se difunde el espíritu comercial progresivamente.
- Se postergan los contratos civiles a favor de los mercantiles.

Esta evolución se puede ver en otros ordenamientos. Ej. En Inglaterra, donde se produce por 1ª vez la unificación del Derecho Civil y del Mercantil. En Suiza, se dicta un código para obligaciones, y a su lado subsiste el C.c.

Parece que la unificación es una solución lógica pero muy problemática, porque son distintos Derechos. Además, habría que unir otro derecho: el de los consumidores.

Así, tendríamos una tripartición de regímenes jurídicos según los sujetos intervinientes. Un derecho sería el de las empresas, que comprende el tráfico jurídico interempresarial. Un segundo derecho sería el del consumidor, aplicable a las relaciones entre empresario y consumidores; y, un tercer derecho sería el civil, que regularía las relaciones entre los particulares.

- **Características de las obligaciones mercantiles:** no existe una obligación mercantil distinta de la civil. Obligación mercantil se definiría como la relación jurídica entre dos personas de las que una (deudor) está comprometida a realizar una prestación a favor de la otra (acreedor).

Aunque este concepto es igual que para las obligaciones civiles, hay 4 características que explican las especialidades del Derecho Mercantil:

- El derecho de *contratación en masa* de la que surgen obligaciones típicas o uniformes para todos los que contratan, frente al carácter aislado e individualizado de las obligaciones civiles.
- A diferencia de las obligaciones civiles que vinculan fundamentalmente a personas, la contratación mercantil tiene un carácter *objetivo vinculando patrimonios*.
- La *seguridad y la celeridad* del tráfico mercantil hacen que en la contratación la necesidad de exacto cumplimiento sea más acusada.
- En la contratación mercantil, el dinero no puede estar quieto porque no produciría. Por ello es muy importante el tema de la *productividad* de los intereses.

* Fuentes de las obligaciones mercantiles:

Son las mismas que las de las obligaciones civiles: la ley y el contrato (art. 1089 C.c.).

Nos interesa el estudio de la voluntad privada, que nos lleva a considerar el negocio jurídico como fuente fundamental.

Negocio jurídico es un acto de la autonomía privada que reglamenta para sus autores una determinada relación o situación jurídica. Los negocios jurídicos pueden versar sobre materias de derecho de familia, de la personalidad, derechos patrimoniales, etc., pero el Derecho Mercantil sólo incluye derechos patrimoniales, relativos a bienes y derechos de naturaleza económica susceptibles de valoración patrimonial. Los negocios jurídicos pueden clasificarse de 3 modos en el tráfico mercantil:

- Negocio jurídico unilateral: son declaraciones de voluntad de una persona, declaraciones que le obligan frente a otra u otras personas determinadas o no. Ej. Promesa a favor de tercero, sociedades unipersonales, etc.
- Negocio jurídico bilateral: intervienen 2 partes, cada una portadora de un interés propio y específico contrapuesto al de la otra. Ej. Compraventa.
- Negocio jurídico plurilateral: Ej. Sociedades.

ESPECIALIDADES DE LAS OBLIGACIONES MERCANTILES.-

Las especialidades de las obligaciones mercantiles derivan de las características de la negociación mercantil.

1.- Productividad de los intereses: en otros ordenamientos suele establecerse la producción de intereses de pleno derecho, pero nuestro C.Co. no regula esta cuestión en las normas generales sino en el *contrato de préstamo*, y de forma extraña. El art. 314 C.Co. exige pacto escrito para que el préstamo devengue intereses. Frente a esta norma regresiva, el art. 315 C.Co. es más progresivo porque no limita la tasa de interés. Sin embargo, se tendrá en cuenta la Ley de Usura (1908) o Ley de Azcárate, que prohíbe la usura, declarando nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero, y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso (que sería el caso del préstamo leonino).

Además de estos intereses, están los **moratorios**. La mora entra en juego por el retraso en el cumplimiento de obligaciones, y en el Derecho Mercantil, genera la obligación de pagar intereses desde el día siguiente al del vencimiento fijado.

2.- El problema de la solidaridad mercantil: la cuestión es si en defecto de estipulación expresa, los deudores de la obligación deben entenderse obligados mancomunada o solidariamente. En Derecho Civil, se tiende a proteger al deudor (la parte más débil) y, en consecuencia, se presume la mancomunidad. Por el contrario, en Derecho Mercantil se tiende a proteger el tráfico (el comercio) y, por tanto, otorga al acreedor la facultad de exigir la obligación a cualquiera de los obligados. Es una presunción de solidaridad. El C.Co. guarda silencio sobre este tema, y no existe uso de comercio aplicable.

3.- Exigibilidad de las obligaciones mercantiles: el art. 61 C.Co. dice que no se reconocerán términos de gracia, cortesía u otros que, bajo cualquier denominación difiera el cumplimiento de las obligaciones mercantiles, sino los que las partes hubiesen fijado en el contrato y los que se apoyaren en una disposición terminante de Derecho.

Por eso se habla del carácter fatal de los términos: antes de 1985, los jueces solían otorgar estos términos para permitir el cumplimiento tardío. Con el art. 61, se prohíben expresamente porque se persigue la seguridad jurídica en cuanto al tiempo del cumplimiento de la prestación.

En Derecho Civil, el **término** es el elemento accesorio de la voluntad, que puede ser o no impuesto por el contratante de forma que, aun cuando el término haya sido el motivo determinante para obligarse, los efectos jurídicos del mismo no rebasan el terreno propio de la mora. En Derecho Mercantil, la observación del término fijado para cumplir la obligación, se exige con mayor rigor por su importancia en una rápida liquidación del contrato que es lo que interesa a las partes. Esto explica lo establecido en el art. 61 y en otros preceptos dando una importancia tan extraordinaria al término que, incluso su incumplimiento puede generar la nulidad del contrato o la posibilidad de su resolución (art. 329 C.Co.: *si el vendedor no entregare en el plazo estipulado los efectos vendidos, podrá el comprador pedir el cumplimiento o la rescisión del contrato, con indemnización, en uno y otro caso, de los perjuicios que se le hayan irrogado por la tardanza*; art. 83 C.Co.: contratos de compraventa celebrados en feria).

En Derecho Mercantil hay 3 **tipos de término**:

- Término esencial por imperativo de la ley: existe porque lo establece la ley.
- Término esencial por la naturaleza de las cosas: se impone a veces, porque hay prestaciones que dejan de ser útiles para el acreedor si se realizan fuera del término. El cumplimiento tardío equivaldría al incumplimiento total.
- Término esencial subjetivo: cuando, siendo posible la prestación tardía, legal y lógica, el acreedor eleva la categoría del término a esencial de forma convencional. Se introduce por los contratantes en virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes, y el acreedor puede hacerlo valer o no.

En estos 3 tipos de términos, la prestación tardía da lugar al incumplimiento total, de modo que el acreedor puede considerar resuelto el contrato rechazando la prestación tardía y reclamando la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, salvo en 2 supuestos:

- Que el acreedor dé un nuevo plazo.
- Que admita el cumplimiento tardío.

El art. 62 C.Co. dice que aquellas obligaciones que no tengan término fijado ni por el C.Co. ni por las partes, serán exigibles a los 10 días de contraídas si produjeran acción ordinaria. Serán exigibles el día inmediato si llevaran aparejada la ejecución.

El art. 60 C.Co. establece el cómputo de los plazos se hace por días (24 horas cada día), meses (según el calendario gregoriano) y años (365 días), salvo las letras de cambio, pagarés, cheques y préstamos, que se registrarán por la Ley Cambiaria y del Cheque y por el C.Co.

4.- Constitución en mora: los requisitos de la mora se regulan en el art. 1105 C.c.:

- Retraso en el cumplimiento de las obligaciones, que implica la existencia de una obligación vencida y exigible.
- Se exige culpa del deudor, es decir, ausencia del caso fortuito o causa mayor.
- Que se haya producido la interpelación del acreedor.

En Derecho Mercantil, la mora es distinta: se da en dos supuestos:

- Si la obligación carece de plazo legal ni convencional, la mora se produce si media la interpelación del acreedor. Es necesaria la interpelación.
- Si la obligación tiene un día señalado para el cumplimiento por la Ley o por la voluntad de las partes, los efectos de la morosidad comienzan al día siguiente de su vencimiento (art. 63 C.Co.): mora automática.

(Hay autores como Garrigues que piensan que por causa fortuita o fuerza mayor se puede incurrir en mora).

5.- Obligaciones con cláusula penal: art. 56 C.Co. La parte perjudicada puede pedir el cumplimiento del contrato por los medios que le otorga el Derecho, o, alternatively, la pena prescrita, pero, utilizando una de estas 2 acciones, la otra queda extinguida, salvo pacto en contrario. Esta cláusula es una estipulación accesoria de la principal, por tanto es exigible en caso de incumplimiento, pero no en caso de resolución del contrato.

Esta cláusula cumple distintas funciones:

- Función de garantía: obliga a cumplir la obligación principal.
- Valoración de los daños y perjuicios posibles.
- Punitiva: posibilidad de, mediando el pacto expreso de que utilizando una vía la otra no queda extinguida, exigir el cumplimiento de la obligación y el cumplimiento de la cláusula penal.

En supuestos de incumplimiento parcial, el juez puede moderar esta cláusula.

6.- Prescripción de las obligaciones mercantiles: en caso de extinción de la obligación, puede ser por usucapión o por prescripción y caducidad.

Prescripción	Caducidad
Puede interrumpirse.	No puede interrumpirse.
	Puede apreciarse de oficio.

Puede alegarse por alguna de las partes como excepción.	
---	--

El C.Co. no tiene una Teoría General sobre la prescripción de las obligaciones mercantiles, sino que tiene supuestos concretos de plazos de prescripción. Así, las acciones que no tengan un plazo determinado, se regirán por las disposiciones del Derecho Civil (art. 943 C.Co.), lo cual es muy grave porque habrá casos en los que se aplique el plazo general para las acciones personales de 15 años, e impide la celeridad en el cumplimiento de las obligaciones. Los plazos vienen regulados en los arts. 945 y ss. C.Co.

La prescripción tiene una norma para su interrupción, que es el art. 944 C.Co.: *La prescripción se interrumpirá por la demanda u otro cualquier género de interpelación judicial hecha al deudor; por el reconocimiento de las obligaciones, o por la renovación del documento en que se funde el derecho del acreedor.*

Se considerará la prescripción como no interrumpida por la interpelación judicial, si el actor desistiere de ella, o caducara la instancia, o fuese desestimada su demanda.

Empezará a contarse nuevamente el término de la prescripción en caso de reconocimiento de las obligaciones, desde el día en que se haga; en el de su renovación, desde la fecha del nuevo título; si en él se hubiere prorrogado el plazo de cumplimiento de la obligación, desde que éste hubiere vencido.

La suspensión de la acción en los supuestos de epidemia, guerra, crisis, etc. que puede decretar el Gobierno, la suspensión no hace que se reinicie el cómputo del tiempo como lo haría la prescripción, sino que simplemente se paraliza.

ESPECIALIDADES DE LOS CONTRATOS MERCANTILES.-

1.- La perfección del contrato: el art. 1262 C.c. dice que el contrato se perfecciona por concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y causa del contrato.

Antes de tal concurrencia de oferta y aceptación, sólo existen tratos previos, pero no contratos. La oferta y la demanda pueden provenir de cualquiera de las partes; puede haber oferta para vender u oferta para comprar.

La oferta o la propuesta ha de ir referida a un contrato, por tanto reunirá los elementos fundamentales del contrato, es decir, voluntad clara de contratar, ha de contener los elementos fundamentales del contrato (voluntad, objeto y causa), ha de mantenerse en vigor durante un tiempo, y dirigirse a una persona determinada o indeterminada.

La oferta no es lo mismo que la invitación de oferta (no es oferta un folleto informativo).

La aceptación tiene que ir referida a una propuesta concreta, por lo que exige que exista correspondencia exacta con la oferta, ser dirigida al oferente, y formularse dentro del plazo de vigencia de la oferta (aceptación tácita o expresa).

Si el ofertado introduce modificaciones sustanciales (de precio, cualidades del objeto), no es aceptación, sino contraoferta (no se perfecciona el contrato). Si son modificaciones secundarias, por el juego de la buena fe, debe entenderse la aceptación, a menos que el oferente se niegue a pasar por ellas y se lo comunique en un plazo razonable.

Cuando esto ocurre entre presentes, es decir, cuando la oferta y la aceptación son simultáneas, no surgen dificultades; sin embargo, sí plantea dificultades la contratación entre ausentes (es muy frecuente). Uno de los problemas es fijar el momento en que se perfecciona (momento de revocación de la oferta, muerte del

oferente). Para averiguar el momento de perfección, existen 4 teorías:

- El momento de la emisión: se perfecciona cuando el aceptante emite su declaración de voluntad.
- El momento de la expedición: se perfecciona cuando el aceptante remite la aceptación al oferente (echar la carta en el buzón).
- El momento de la recepción: no basta la emisión ni la expedición, sino que es necesaria la aceptación a la esfera de los intereses del oferente (que llegue la carta al oferente).
- El momento del conocimiento: retrasa la perfección del contrato al momento en que el oferente conoce la aceptación (abrir la carta y leerla).

Son teorías de mayor a menor exigencias; la última es la que más certeza da.

El art. 1262.2 C.c. dice que la aceptación realizada por carta no obliga a quien la hizo sino desde que llegó a su conocimiento. Sin embargo, el art. 54 C.Co. dispone que los contratos que se celebren por correspondencia quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que fuera modificado (el aceptante contesta aceptando). Actualmente, hay dudas entre la 1ª de la emisión y la 2ª de la expedición, aunque se suele inclinar la doctrina por la última, basándose en el anterior C.Co.

Los medios de comunicación entre ausentes incluyen correos, fax, et. En caso de compraventa internacional, según el Convenio de Viena, se sigue el criterio de la recepción.

El problema entre ausentes es el lugar: el art. 1262 C.c. dice que el contrato se presume celebrado en el lugar donde se hizo la oferta. El art. 54 C.Co. dice que el lugar es aquel en que se produce la aceptación. La contratación del 1262 C.c. puede ser una comunicación entre el comprador y el vendedor simultánea.

Existe un supuesto especial de perfección: la contratación por subasta pública. El que formule la oferta es el licitador (no el subastador, por la falta del precio al que se vende).

Otra forma de contratación es aquella en la que interviene un fedatario público: el contrato queda perfeccionado cuando los contratantes hubieran aceptado la propuesta del fedatario (art. 55 C.Co.): actúa como medidor, acercando a las partes; si actuasen como comisionistas o representantes de una de las partes, se perfeccionará cuando concurra la voluntad entre el representante (fedatario) y la otra parte (contraparte). La forma de declaración puede ser expresa o tácita, oral o escrita, y también mediante otros signos distintos: introduciendo monedas dentro de la máquina del metro, etc. Además, existen los actos concluyentes por los que las partes exteriorizan indirectamente su voluntad (art. 249 C.Co.)

En cuanto al silencio, la doctrina más generalizada dice que, para admitirlo, se requiere una previa relación económica entre las partes.

2.- La forma: todo contrato requiere una forma (de palabra, por escrito, etc. tal y como dice el art. 1262 C.c.).

Para que el contrato sea formal, la ley impone una forma determinada. El contrato no es formal cuando la ley no impone forma determinada.

Forma no es lo mismo que prueba del contrato, porque la forma se refiere a la existencia del contrato, y la prueba se refiere a demostrar la existencia de ese contrato.

Cuando el Derecho impone una forma determinada, prueba y forma suelen coincidir. Tanto en el Derecho Mercantil como en el Civil, existe el **principio de libertad de forma** (art. 51 C.Co.), que rige siempre salvo en los siguientes supuestos:

La contratación mercantil es más formalista que la civil, es decir, la forma puede ser cualquiera, pero en la práctica se suelen exigir facturas, albaranes, etc., es decir, documentos que facilitan la llevanza de la contabilidad y servir como medio de prueba. Además se exceptúan los contratos en los que o el C.c. o las leyes especiales impongan forma determinada. Ej. S.A.: requiere constitución en escritura pública. En otros casos se requieren determinadas formas para la eficacia del contrato. Ej. Letra de cambio.

La inobservancia de forma y sus efectos dependen de cada norma (LSA, etc.), pero, a falta de norma expresa, el art. 52 C.c. dice que no producirán obligación ni acción en juicio.

El **telegrama** como forma de contratación exige una cautela para evitar su falsificación. El art. 51.3 C.Co. establece 3 condiciones para poder contratar por medio de telegrama:

- Que se haya admitido previamente por escrito tal forma.
- Que reúna todos los datos prefijados por las partes en ese pacto escrito.

3.- La prueba en los contratos mercantiles: se puede realizar por cualquiera de los medios previstos por el Derecho Civil (art. 1214 y ss. C.c. y art. 59.1 C.Co.). El C.Co. tiene normas especiales de valoración de ciertos medios de prueba.

- La declaración de testigos no basta para probar un contrato cuya cuantía supere las 1.500 pts.
- Los libros y pólizas de los Corredores de Comercio harán fe en juicio: si existe divergencia entre el ejemplar del contrato del comerciante y el otro comerciante, se estará a lo que resulte de los libros bien llevados de los Corredores (art. 58 y 93.3 C.Co.).
- Los libros de los comerciantes tienen el valor probatorio (art. 31 C.Co.) que el juez en cada momento estime oportuno.
- El libro de contabilidad del capitán del buque hace fe de las cuestiones entre el capitán del buque y su tripulación (art. 634 y 612 C.Co.).
- El conocimiento del embarque hace fe entre los interesados en la carga del buque, y entre los interesados en la carga del buque y sus aseguradores (art. 709 C.Co.).

Hay que hacer referencia a la **factura**, aunque no viene regulada por ninguna ley: es un documento que describe mercancías entregadas o servicios prestados, reflejando el precio de los mismos. Es obligatoria a efectos fiscales. Tiene un doble aspecto:

- En el momento de la perfección del contrato, la factura aprueba la aceptación del vendedor, cuando el comprador es el proponente. Equivale a una confesión extrajudicial de quien la redacta.
- En el momento de ejecución del contrato, acredita el comienzo de la ejecución.

El valor probatorio de la factura a efectos de la ejecución es que en caso de que quien recibe la factura devuelve un ejemplar firmado, se entiende que ha aprobado la ejecución del contrato.

Es un instrumento para provocar el pago o para avisar del giro de una letra de cambio.

Las cláusulas incluidas dentro de la factura, para que sean válidas, es necesario el consentimiento de la otra parte.

4.- Interpretación de los contratos mercantiles: es imposible que los contratantes regulen exhaustivamente todas las posibles vicisitudes del contrato. De ahí que la labor de integración del contrato sea una de las tareas más significativas de los jueces, permitiéndoles adaptar el Derecho a los hechos nuevos, y permitiéndoles dotar de una regulación a las figuras contractuales nuevas.

El art. 1258 C.c. orden al juez que ante una cuestión contractual litigiosa, acuda en 1er lugar al propio contrato

para ver si las partes han previsto y regulado la cuestión. Si las partes han previsto y regulado la cuestión, el juez se limita a interpretar la cláusula en cuestión. Si la cláusula fuera dudosa, acude a las reglas de interpretación del art. 1281 y ss. C.c. Si no existe tal regulación, el juez debe acudir al Derecho dispositivo, integrando el contrato de acuerdo con la ley. Si tampoco existe norma dispositiva, el juez debe verificar si existe un uso que solucione el problema, integrando el contrato con los usos. Si tampoco existe uso aplicable, el juez examinará la naturaleza del contrato celebrado e intenta descubrir su regulación según las reglas de la buena fe.

Existe alguna norma que regule la integración de los contratos mercantiles, pero no es el art. 57 C.Co. (los contratos deben cumplirse y ejecutarse con arreglo a la buena fe, sin interpretaciones tergiversadas ni arbitrarias, y sin que se restrinjan sus efectos), sino el art. 2 C.Co. (los actos y contratos mercantiles se regirán por el C.Co., en su defecto por los usos mercantiles, y, en defecto de éstos, por el Derecho Común).

El problema está en que muchos autores han visto una contradicción entre el art. 2 y el 50 C.Co: la doctrina lo resuelve afirmando la preferencia del art. 2 C.Co (prevalecen los usos mercantiles sobre el Derecho común), o apoyando la especialidad del art. 50 C.Co., que dice que en materia de contratos prevalece el Derecho común sobre los usos mercantiles. El problema se soluciona considerando que el art. 2 C.Co. no regula las fuentes del Derecho Mercantil, sino que establece las **reglas de integración** de obligaciones y contratos mercantiles, es decir, el art. 2 C.Co. señala los materiales a los que deben acudir los operadores jurídicos para determinar el régimen jurídico de una relación jurídica mercantil concreta.

En resumen, se puede decir que a la hora de interpretar un contrato, hay que ir primero al mismo y ver si se han regulado las posibles dudas, pero, a falta de esto, el juez tiene que proceder a la labor de integración del contrato, en primer lugar en el Derecho Mercantil (C.Co.), en su defecto, tiene que integrarlo en los usos mercantiles; en su defecto, en el Derecho común o civil, y por último, en su defecto, hay que aplicar el *favor debitoris* (se resuelve la cuestión a favor del deudor). El art. 59 C.Co. da la razón para toda esta interpretación.

En caso de tratarse de figuras contractuales nuevas, el juez lo que tiene que hacer en primer lugar es ver si el contrato tiene cláusula expresa. Si no la tiene, la integración cabe por 2 vías:

- Vía de la absorción: se da cuando la figura contractual está conocida y regulada por otra figura distinta.
- Vía de la combinación: se da cuando la nueva figura es resultado de la mezcla de contratos conocidos, sin que prevalezca uno sobre otro. Ej. Leasing: tiene elementos del arrendamiento y de la compraventa.
- Normas especiales para interpretar contratos con condiciones generales.

CONTRATOS CIVILES Y CONTRATOS MERCANTILES. LA CATEGORÍA DE LOS CONTRATOS DE EMPRESA.-

La mayoría de los contratos tienen una doble regulación: civil y mercantil. Ello requiere una labor previa de calificación del contrato para aplicar una u otra legislación.

La **mercantilidad** viene regulada en el art. 2 C.Co. (*Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga*), recogiendo 2 criterios:

- El criterio de la inclusión.
- El criterio de la analogía.

Sin embargo, ninguno de los dos criterios sirven: en cuanto al criterio de la inclusión, no sirve porque ni todo el código es mercantil, ni todo está incluido en el Código mercantil. En cuanto al criterio de la analogía, tampoco vale porque el C.Co. recurre a una excesiva heterogeneidad en los criterios para calificar de

mercantil a los contratos.

¿Cómo se calificará entonces de mercantil a los contratos?. Pues bien; dentro del C.Co. hay 2 núcleos: uno subjetivo, que aún persiste (hay que ser comerciante: *son comerciantes los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente, y las Compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código*: art. 1 C.Co.), y otro objetivo, que es más importante, y sirve de complemento al subjetivo (tiene que tratarse de actos de comercio: art. 2 C.Co.).

No obstante, el tema de la calificación sigue sin quedar claro, y por eso la doctrina ha elaborado una teoría sobre los **contratos de empresa**. La poca claridad de los anteriores argumentos nos obliga a acudir a la naturaleza específica de cada contrato. Así, será mercantil el contrato que tenga lugar en el ejercicio de una empresa, y, de esta forma, contrato mercantil y contrato de empresa se convierten en sinónimos.

GARRIGUES opina que un contrato será mercantil cuando sea realizado de un modo ordinario en el ejercicio de una actividad empresarial, es decir, contratos por los que el empresario se procura la disponibilidad de los factores de producción y contratos por los que el empresario ofrece bienes producidos o previamente adquiridos o sus servicios.

El resultado final para calificar de mercantil a un contrato sería tomar el concepto de contrato de empresa de GARRIGUES, el núcleo subjetivo y el núcleo objetivo.

LOS CONTRATOS CELEBRADOS FUERA DE LOS ESTABLECIMIENTOS MERCANTILES.–

Tradicionalmente, en la negociación se partía de una igualdad entre las partes; pero ahora es muy común que haya una parte más débil que la otra, y por eso surge la defensa de los consumidores.

La **Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984** (en adelante LGDCU), protege los intereses económicos y sociales de los consumidores, por ejemplo exigiendo una oferta especial (art. 8.1: su contenido, condiciones y garantías ofrecidas serán exigibles aun cuando no figurasen expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido; las ofertas, promociones o publicidades falsas o engañosas de productos, actividades, o servicios, será perseguida y sancionada como fraude a través de las asociaciones de consumidores y usuarios creadas de acuerdo con lo establecido en esta Ley), o en materia de garantías legales por no conformidad con determinados productos o servicios (art. 11: el consumidor o usuario puede reclamarlos); etc.

El art. 1.2 LGDCU establece el concepto de consumidor: *Son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden*. Es un concepto que trae problemas de interpretación, porque no deja claro si se aplica entre consumidores (se aplica siempre entre empresario y consumidor, pero no entre empresario y empresario, y no se sabe si se aplica entre consumidor y consumidor). Es un concepto económico de consumidor.

La LGDCU regula las condiciones generales de los contratos, las cuales sí se aplican entre empresarios.

Además de la LGDCU, hay otra ley específica que protege a los consumidores: la **Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil**, que establece normas protectoras de los consumidores porque el empresario tiene mayor iniciativa, pudiendo caer en prácticas abusivas, y también porque el consumidor no puede comparar precios y calidades pudiendo estar viciado su consentimiento.

El **ámbito de aplicación** de esta Ley 26/1991, de 21 de noviembre exige que se trate de contratos celebrados entre empresarios y consumidores, siempre que se dé alguna de las siguientes circunstancias(art. 1 Ley):

- Cuando tengan lugar fuera del establecimiento mercantil del empresario, bien los celebre el mismo empresario o un tercero que actúe por su cuenta.
- En la vivienda del consumidor o de otro consumidor o en su centro de trabajo, salvo que la visita del empresario o de la persona que actúa por cuenta suya haya sido solicitada expresamente por el consumidor, tenga lugar transcurrido el tiempo establecido por éste o, en su defecto, transcurrido un tiempo razonable atendida la naturaleza del objeto del contrato y su precio y se desarrolle de acuerdo con la finalidad previamente establecida.
- En un medio de transporte público.

El art. 2 de la misma Ley excluye de su ámbito de aplicación una serie de contratos (contratos de seguro, contratos documentados notarialmente, contratos cuyo objeto sean valores mobiliarios, contratos en los que la prestación total a cargo del consumidor sea inferior a 8.000 pts., contratos relativos a la construcción, venta y arrendamiento de bienes inmuebles, o que tengan por objeto algún otro derecho sobre los mismos, contratos relativos a productos de alimentación, bebidas y otros bienes consumibles de uso corriente en el hogar, suministrados por proveedores que realicen a tales efectos desplazamientos frecuentes y regulares, contratos que se realicen sobre la base de un catálogo que el consumidor haya tenido ocasión de consultar en ausencia del empresario o de quien actúe por cuenta suya, contratos en los que se haya previsto una continuidad de contacto entre el empresario y el consumidor en lo referente a la operación que se realiza o a otra posterior; contratos en los que en él mismo y en el catálogo se mencione claramente el derecho del consumidor a rescindir libremente el contrato durante un plazo que ha de ser, como mínimo, de 7 días o que establezcan, en la misma forma, el derecho del consumidor a devolver las mercancías durante un plazo igual al anteriormente mencionado, que empezará a contarse a partir de la fecha de la recepción.

La técnica de la carga de la prueba es la inversión de la misma, es decir, se presume que todos los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil se entiende sometido a esta ley, y corresponde al empresario probar lo contrario.

Régimen jurídico: la especialidad de estos contratos radica en la perfección del contrato y en su eficacia. En cuanto a la **perfección**, la ley impone al empresario obligaciones en cuanto a la documentación del contrato (art. 3: el documento más importante es el de revocación, debe expresar que se trata de tal documento, con el nombre y dirección de la persona a quien ha de enviarse, y los datos de identificación del contrato y de los contratantes a que se refiere). Cualquier incumplimiento de las obligaciones mencionadas supone la anulabilidad del contrato a instancia del consumidor. En cuanto a la **eficacia**, se refiere al derecho de revocación, que consiste en que el consumidor puede revocar su declaración de voluntad (aceptación) sin necesidad de causa alguna, hasta 7 días después de la recepción de las mercancías. Esta revocación implica la restitución recíproca de las prestaciones, pero sin gasto alguno para el consumidor. El consumidor no tendrá que reembolsar cantidad alguna por la disminución del valor de la cosa que sea consecuencia de su uso conforme a lo pactado o a la naturaleza de la cosa, y tiene derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles que hubiera realizado en la cosa (art. 6 Ley de Contratos Fuera de Establecimientos Mercantiles). Cabe tal revocación del contrato incluso en caso de que el consumidor perdiera la cosa, siempre que no le sea imputable la pérdida (art. 7).

Esta Ley se completa con otras 2 normas de protección a los consumidores: el art. 8 de la misma Ley, que dispone la responsabilidad solidaria del empresario y de la persona que actuase por su cuenta, por las obligaciones derivadas de esta Ley; y el art. 9 de la Ley establece la irrenunciabilidad de los derechos atribuidos al consumidor.

CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS.–

Es frecuente en las relaciones comerciales que una parte tenga predispuestas las cláusulas del contrato, y que la otra parte se limite a adherirse, es decir, se trata de los contratos de adhesión.

Las condiciones generales de los contratos se aplican tanto entre empresarios y consumidores como entre un empresario y otro empresario. La función económica de estas condiciones generales de los contratos es la contratación en masa, es decir, es un instrumento de racionalización del que no pueden prescindir las empresas. Por eso se reconoce inequívocamente el carácter vinculante de estas condiciones (art. 10.1.c. LGDCU).

El ordenamiento jurídico trata de controlar estas condiciones generales de los contratos para que quienes las utilizan, no mejoren su posición contractual a costa de la contraparte, declarando por ello la invalidez de las condiciones abusivas.

Existen 2 **técnicas para regular** las condiciones generales de los contratos:

- Promulgar una ley especial de condiciones generales de los contratos, como ocurre en Alemania.
- Promulgar una Ley de Consumidores, como se da en España.

El **ámbito objetivo** o la definición de estas condiciones viene regulado en el art. 10.2 de la LGDCU: son las redactadas previa y unilateralmente por una Empresa o grupo de Empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate. Debe tratarse de unas cláusulas contractuales llamadas a integrar el contrato. Es indiferente la forma en que se recojan las condiciones generales de los contratos, es decir, puede ser en un documento contractual, en los tickets, mediante un aviso público, etc. Las condiciones tienen que ser presentadas por el predisponente anterior o simultáneamente a la celebración del contrato.

El **ámbito subjetivo** se refiere al concepto de consumidor anteriormente definido.

En cuanto a su **naturaleza jurídica**, hay que ver cómo se puede justificar el carácter vinculante de las condiciones generales de los contratos sin negociación a la otra parte. Para explicarlo, hay diferentes tesis, pero la más aceptable quizás sea la Tesis de eficacia comparativa, por la que los acuerdos entre las partes son ley entre ellas, porque han sido queridos por ellos en el ejercicio de su libertad. El carácter vinculante para el adherente deriva de su propio contenido, siendo vinculantes las condiciones generales amparadas en las Fuentes del Derecho, pero no las demás.

La importancia de estas condiciones generales de los contratos está en que facilitan la integración del contrato. Si las cláusulas se apartasen del art. 1258 C.c. (es decir, de aquellos materiales que tenía el juez para integrar), el juez podría declarar nulas esas condiciones.

Por eso se declaran ineficaces las cláusulas cuya fuente exclusiva de validez se hace descansar en la adhesión, y por el contrario, válidas aquellas que descansan en las normas legales.

- **Inclusión de las condiciones en el contrato:** por un lado, hay unos requisitos para poder incluir las condiciones generales en un contrato; y, por otro, hay otros requisitos de contenido. Para considerar que las condiciones forman parte del contrato, tienen que existir previa concreción, claridad, sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que en todo caso tiene que referirse expresamente en el documento contractual: estos requisitos de inclusión se recogen en el art. 10.1.a LGDCU, y su fin es dar transparencia al contrato.

De este artículo se puede deducir lo siguiente:

- En el documento contractual en que se recoge el consentimiento figuran las condiciones o una referencia al documento que la recoge. La inserción debe ser completa y debe encontrarse antes de la firma.
- Las condiciones deben ser redactadas de forma legible, ser concretas y comprensibles por un adherente

medio.

- No se exige expresamente la aceptación.

El incumplimiento de estos requisitos supone la no consideración de la condición general de los contratos para la integración (interpretación) del contrato. Por tanto, los jueces tienen que examinar estos requisitos de inclusión antes del requisito del contenido.

- **Interpretación de las condiciones:** sólo cabe plantearse esto cuando ya forman parte del contrato concreto las condiciones generales. El intérprete debe determinar el significado de la condición para aplicarla al litigio o para controlar su contenido y, en su caso, declarar su ineficacia.

Las reglas específicas de su interpretación se encuentran en el art. 10.2.2 LGDCU:

las dudas en cuanto a su interpretación se resolverán en contra de quien las hubiese redactado, prevaleciendo las cláusulas particulares sobre las generales siempre que aquéllas sean más beneficiosas que éstas. Son dos las reglas:

- La regla *contra preferentem* o *in dubio contra stipulationem* (art. 1258 C.c.): significa que quien redacta la condición debe hacerlo claramente, y si no, carga con las consecuencias. Esto requiere que la condición general sea dudosa, y que la duda sea imputable al predisponente.
- La regla de la prevalencia: si existe discrepancia entre las condiciones generales y las particulares, prevalecen las particulares, siempre que sean más beneficiosas que las generales.
- La regla de la condición más importante. si hay divergencia entre 2 condiciones generales, prevalece la más importante (la que más ayude a la hora de dejar claro cuál es el tipo y la causa del contrato).
- Aplicar el *favor debitoris*: en caso de duda, se resuelve a favor del deudor.

- **Contenido de las condiciones generales:** es una lista de cláusulas que la Jurisprudencia ha ido declarando nulas por ser contrarias a la buena fe (son un *numerus apertus*).

Los contratos se someten a la ley, a la moral y al orden público, mientras que las condiciones generales de los contratos sólo son válidas si son conformes a la **buena fe y al equilibrio de las contraprestaciones**.

La buena fe es un mandato a los jueces para que fiscalicen las condiciones, comparándolas con el derecho dispositivo. Si entre el contenido de una condición general y el derecho que resultaría si tal condición no existiera, hubiera una discrepancia no justificada por las especialidades del contrato, el juez declarará nula dicha condición y la sustituirá por el derecho que pretendía derogar (art. 10.4 LGDCU).

- **Ineficacia de las condiciones generales de los contratos:** son nulas de pleno derecho y se tienen por no puestas las cláusulas que incumplan los anteriores requisitos, es decir, de inclusión o formales, o de contenido o fondo.

Las condiciones generales de los contratos subsistentes (porque son válidas), si determinan una situación no equitativa de las posiciones de ambas partes en una relación contractual, general la ineficacia del contrato mismo.

Supuestos:

- La 1ª cuestión que se plantea es si debe mantenerse o no el contrato en su conjunto, es decir, si debe ser nulidad total o parcial. Solución: la ley establece sólo la nulidad parcial, reservando la nulidad total para los casos más graves (cuando no se cumplan los requisitos de la buena fe y del equilibrio entre las contraprestaciones).
- En el caso de que se afirme la validez del resto del contrato, habremos de determinar su regulación

sustitutiva. El legislador no lo regula específicamente, y por eso hay que acudir a las normas generales sobre integración de los negocios jurídicos (art. 1258 C.c.).

CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS MERCANTILES.–

- Contrato de compraventa.
- Contratos de colaboración (separados de la compraventa). Ej. Contrato de concesión, suministro, estimatorio, etc.
- Contratos de distribución.
- Contratos de agencia.
- Contratos de financiación (leasing, factoring).
- Contratos de garantía.
- Contratos de banca, Mercado de Valores, seguro, transporte, los cuales resaltan por el aspecto institucional.

.

TEMA 15: EL CONTRATO DE COMPRAVENTA MERCANTIL.

CONCEPTO LEGAL Y NOTAS QUE DEFINEN SU MERCANTILIDAD.–

(Iniciar con Mercantilidad del Tema 14).

Es un contrato por el que una persona (vendedor) se obliga a entregar una cosa a otra (comprador), el cual a su vez se obliga a pagar un precio. Aunque se considera el contrato mercantil más antiguo, no tiene un concepto legal mercantil.

El C.Co. sólo dice cuándo es mercantil, y dicta unas especialidades. Calificar de civil o de mercantil es importante porque hay diferencias de régimen jurídico fundamentales.

El contrato de compraventa mercantil viene regulado en los arts. 325–345 C.Co.: son unas normas especiales que tienden a facilitar la rapidez y rigurosa aplicación del contrato.

Requisitos de mercantilidad:

Una compraventa será mercantil cuando se trate de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma en que se compraron, bien de otra distinta, con ánimo de lucrarse en la reventa.

La definición de compraventa del art. 325 C.Co. no recoge todas las compraventas posibles. Ej. No regula las compraventas en Bolsa de Valores.

El C.Co. se refiere a un criterio objetivo porque no exige que el sujeto sea empresario mercantil (aunque suele serlo). Lo fundamental es el elemento intencional, es decir, hay doble propósito en el que compra:

- Propósito de reventa.
- Propósito de ánimo de lucro con la reventa.

No siempre que hay precio hay ánimo de lucro. Ej. El vendedor que le sobran unos productos que ha venido vendiendo a un empresario, y le quedan todavía unos productos que no ha vendido, que puede vendérselos a un tercero.

En el C.Co. no existen normas para las compraventas de inmuebles, por lo que se aplicará en esos casos el C.c., es decir, las compraventas de inmuebles no son mercantiles, sino civiles; las compraventas que tienen

por objeto bienes muebles son mercantiles.

Sin embargo, en la Exposición de Motivos del C.Co., se admite la posibilidad de que estos inmuebles sean materia de actividad mercantil, pero en supuestos de especulación profesional de edificios, solares, etc. (Hay que ver si concurren el núcleo objetivo y el subjetivo del contrato de empresa). Pero se aplica el C.c., no el C.Co.

Es indiferente que las cosas se compren en el mismo estado o en otro distinto.

El art. 326 C.Co. contiene dos aclaraciones y dos excepciones al art. 325 C.Co.

* Aclaraciones:

- No son mercantiles las compras de efectos destinadas al consumo del comprador.
- No son mercantiles las reventas de un no comerciante del resto de cosas que compró para su consumo.

* Excepciones:

– Se excluyen las ventas hechas por agricultores, ganaderos y artesanos, aunque cumplan los requisitos de reventa y de ánimo de lucro.

• **La reventa:**

El concepto de reventa está recogido en los arts. 325 y 326.1 C.Co.: la venta al consumidor (= reventa) hecha por un comerciante que previamente compró a otro comerciante se considera, por parte de la doctrina (BELTRÁN), como civil. Ej. Un distribuidor: la última reventa es civil, pero las anteriores eran mercantiles. Se dice que la reventa es civil para el consumo porque, para que sea mercantil, en el comprador tiene que darse el requisito de la doble intencionalidad, es decir, que el comprador quiera revender el producto que antes ha comprado, y con ello pretenda lucrarse (Uría, Broseta, Garrigues, etc.).

• **La reventa o compra para uso o consumo, y compra para uso especial:**

Hay que diferenciar la compra o reventa para uso doméstico de la compra o reventa para uso empresarial. Ej. Una persona compra a un empresario cajas para embalar unos productos de su empresa (reventa para uso empresarial) o para guardar las camisas de verano (reventa para consumo). Esta diferencia está muy clara en la LGDCU y en la Jurisprudencia.

(Aplicar aquí los contratos de empresa del Tema 14).

CONCLUSIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA MERCANTIL.–

La conclusión del contrato de compraventa mercantil se perfecciona por el acuerdo de las partes sobre la cosa objeto del contrato y el precio, aunque ninguno de los 2 se haya entregado todavía.

En cuanto a la formación del consentimiento, hay 4 particularidades:

- Las ventas con la cláusula salvo la aceptación de la casa (= empresa). Se perfecciona el contrato cuando el empresario acepta el pedido realizado.
- La compraventa en la que incluye una condición que dice salvo venta: el contrato no se considera perfeccionado si antes alguien hubiera comprado la cosa, o si el empresario que introdujo la cláusula se la vendió a otra persona. (Se suele dar un plazo para que tome la decisión el comprador).
- La compraventa con la cláusula salvo aprobación del comprador: no hay verdadera venta, es decir, no se

perfecciona el contrato hasta que ese comprador dé la conformidad con las mercancías.

- La compraventa con la cláusula salvo prueba o ensayo: si después de la prueba o ensayo el resultado es positivo, el comprador está obligado a aceptar las mercancías.

ELEMENTOS DEL CONTRATO.-

Los elementos reales del contrato son:

- La **cosa** objeto del contrato: mercadería (bienes muebles).
- El **precio** que se paga por ello. Debe ser cierto, debe expresarse en dinero o en un signo que lo represente; puede no ser determinado mientras sea determinable; se fija libremente por ambas partes: en la compraventa por eso siempre se dice que el precio es justo, porque las partes lo pactan de común acuerdo, y por eso no cabe rescisión de las compraventas por causa de lesión (sí cabe en caso de fraude, en cuyo caso se podría exigir una indemnización).
- Las **arras** (señal), salvo pacto en contrario, en compraventa mercantil se reputan dadas a cuenta del precio y como prueba del contrato. Si no se quiere que las arras se las quede el vendedor a cuenta del precio, tienen que recogerlo en el contrato expresamente.

CONTENIDO DEL CONTRATO.-

Las obligaciones del comprador son pagar el precio y recibir la cosa, mientras las obligaciones del vendedor son la entrega de la cosa y el saneamiento.

1.- Pago del precio: normalmente se fija en cuanto al lugar, el modo del pago y las condiciones del pago. El precio siempre se va a considerar justo por haberse pactado por las dos partes.

La obligación de pagar nace con la entrega de la cosa, a no ser que se haya dicho otra cosa. La mora en el pago del precio constituye al comprador en la obligación de pagar intereses del precio aún no pagado. Y si el comprador no pagara, el vendedor tiene preferencia para hacerse pago sobre las cosas vendidas que todavía estén en su poder.

2.- Recibir la cosa: en el caso de que el comprador quisiera recibir la cosa, el vendedor puede optar entre cumplir el contrato, es decir forzar el cumplimiento del contrato, o la resolución del mismo (normalmente se constituye un depósito judicial para evitar el problema). El vendedor, si el comprador lo acepta, puede realizar entregas parciales las de mercancías.

3.- Entrega de la cosa: es una obligación fundamental del vendedor. La entrega de la cosa por parte del vendedor debe hacerse en tiempo y lugar pactado, poniendo la mercancía en poder y posesión del comprador. Hay que diferenciar entre la entrega física y la puesta a disposición de la cosa. El vendedor cumple su obligación una vez que pone los géneros vendidos a disposición del comprador. Cuando el comprador tiene la mercancía en su poder o debía tenerlo, el responsable de los daños producidos sería el comprador, no el vendedor.

Si se pacta el lugar de entrega de la cosa, tiempo de entrega y gastos, hay que atenerse a la letra del contrato, pero si no está estipulado, hay que atenerse a lo siguiente:

- En cuanto al lugar, se presume que la entrega se realiza en el establecimiento del vendedor, aunque puede pactarse la compraventa vinculado a un contrato de transporte, que es lo que se llama **ventas con expedición** (el vendedor tiene la obligación de entregar la cosa, y además debe hacerlo en el lugar que pacten). Lo normal en este caso es que el lugar que pacten sea el del domicilio del comprador (es común en las compraventas mercantiles internacionales, en las que es necesario a veces contratar

transporte para la entrega de la cosa).

- En cuanto al tiempo, si está pactado, deberá entregarse la cosa en el plazo fijado, pero, si no se ha estipulado nada, se presume que el plazo de entrega es de 24 horas.
- En cuanto a los gastos de entrega de la cosa, el vendedor tiene que pagar los que se generen hasta la puesta a disposición al comprador; pero corresponde pagar al comprador los gastos de recepción y extracción.

Si no se entrega la cosa, se produce un incumplimiento del contrato, lo cual faculta al comprador para exigir la resolución del contrato, o exigir el cumplimiento más la indemnización por daños y perjuicios.

4.- Saneamiento: es una responsabilidad legal que soporta el vendedor frente al comprador, y así le garantiza la posesión legal y pacífica de la cosa vendida y, además, la responsabilidad de los vicios ocultos que tuviere la cosa. Se puede suprimir esta obligación de saneamiento siempre que el vendedor no tenga mala fe.

Clases de saneamiento:

- Por evicción: tiene lugar cuando se priva al comprador de todo o parte de la cosa vendida, en virtud de sentencia firme y de derecho anterior a la compra (art. 1475 C.c.).
- Por vicios ocultos: se da cuando la cosa tiene defectos ocultos (que el comprador no pueda detectar a simple vista), si es que dichos defectos la hacen impropia para el uso a que se la destinara, o si disminuyen de tal forma este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella. (art. 1484 C.c.). El vendedor es responsable de estos vicios ocultos.

El C.Co. ha previsto una regulación de los **vicios externos en el art. 336**, que se refiere sobre todo a defectos de calidad o de cantidad (que el producto tiene defectos de funcionamiento, etc., o que le han sido entregados al comprador menos productos de los que había solicitado y pagado). El comprador debe denunciar estos defectos en el mismo momento de la recepción; o, si las mercancías están embaladas, el plazo se amplía a 4 días. Si no lo hace en esos plazos, pierde toda posibilidad de acción contra el vendedor. Pero si lo denunciara dentro de los plazos previstos, el comprador tiene derecho a resolver el contrato o a exigir el cumplimiento del mismo, además de una indemnización por daños y perjuicios en ambos casos. El C.Co. regula estos defectos como una falta de cumplimiento del contrato.

El **art. 342 C.Co.** regula los **vicios ocultos**, concediendo el plazo de 30 días para denunciar los vicios al vendedor, y, si no lo hace en el plazo previsto, pierde toda posibilidad de acción contra el vendedor.

- **Cláusulas de garantía:**

Art. 11 LGDCU: se trata de una promesa de duración y buen funcionamiento de la cosa vendida, durante un cierto tiempo. También supone la obligación de reparación o sustitución de la cosa. Sustituye al régimen legal de los vicios ocultos (se puede pactar la exclusión de la obligación del vendedor del saneamiento, pero la cláusula de garantía es obligatoria entre los empresarios y consumidores, sin que quepa la posibilidad de excluirla nunca).

El art. 11 contempla unos **elementos personales**, es decir, la persona del beneficiario es una persona indeterminada, que será el último comprador aunque su nombre y apellidos no consten en el certificado de garantía. El garante en la práctica suele ser el fabricante.

Los **elementos reales**: suelen recaer las cláusulas sobre bienes muebles, inconsumibles o de consumo duradero (Ej. Lavadora). Es esencial fijar el plazo de duración de forma determinada o determinada de la garantía.

En cuanto a los **elementos formales**, la garantía debe contener el objeto sobre el que recae, el garante, el titular, derechos del titular, y el plazo de duración de la garantía.

Derechos del titular:

- Derecho de reparación gratuita por vicios ocultos, defectos originarios, y daños y perjuicios por ellos producidos. Cuando la reparación no es satisfactoria, el comprador tiene derecho a la sustitución del producto por uno nuevo, y, si no hay posibilidad de sustitución, tiene derecho a la devolución del precio.
- Derecho a la existencia de un servicio técnico y de repuestos.

Cargas del titular de la cosa: el certificado exige por parte del comprador unas actitudes en cuanto al uso de la mercancía, y a la forma de reclamar. Si no se cumple así, la Compañía no responde de los desperfectos que se hayan producido.

LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD Y DE LOS RIESGOS.–

La compraventa por sí misma no produce la transmisión de la propiedad de la cosa, sino que es necesario que al contrato le siga la entrega de las cosas. Por tanto en la compraventa hay **2 fases**:

- La perfección del contrato de compraventa: se produce por el acuerdo sobre la cosa y el precio.
- La ejecución, es decir, la entrega en cumplimiento de una obligación previamente asumida y que presupone la perfección del contrato, pudiendo ser simultánea o posterior.

Ambas cosas pueden sucederse sin solución de continuidad. Ej. Ventas entre presentes con la entrega inmediata de la mercancía: el comprador se convierte en propietario inmediatamente, y por tanto soporta los riesgos de perecimiento; pero, si la ejecución se produce en un momento posterior, el problema es qué ocurre desde la perfección del contrato hasta la ejecución: ¿quién corre con los riesgos: el comprador o el vendedor?. La solución a esta pregunta estriba en los arts. 331 y 333 C.Co, que establecen **2 sistemas** claros:

- Sistema *res perit domino*: la cosa perece para el vendedor. Cuando la perfección del contrato produce también la transmisión de la propiedad, los riesgos son para el comprador propietario; cuando el contrato produce sólo efectos obligatorios (es decir, todavía no ha habido ejecución), la posible pérdida la soporta el vendedor, porque éste sigue siendo el propietario. Esto es lo que aparentemente viene a decir el art. 331 C.Co.
- Sistema *res perit emptori*: la cosa perece para el comprador, es decir, el riesgo recae sobre el comprador desde el momento de la perfección del contrato, con independencia de que se haya transmitido o no la propiedad. Esto es lo que aparentemente viene a decir el art. 333 C.Co.

Ambos artículos presentan una contradicción según la doctrina. Las doctrinas más importantes son la de Garrigues, Menéndez y Uría. Éste último dice que no hay contradicción entre los 2 preceptos porque el principio general es que las cosas perecen para su dueño (art. 331 C.Co.); pero como la entrega es un acto que depende de la voluntad de 2 partes, podría ocurrir que, perfeccionado el contrato y puesta a disposición la mercancía, la entrega no pueda consumarse porque el comprador rehuse o demore la recepción. Por eso, el art. 333 C.Co. establece una regla justa: el vendedor, aunque siga siendo el propietario, no soportará los riesgos cuando el comprador impida con su actitud la transmisión de la propiedad.

LA VENTA A PLAZOS.–

(La venta a plazos se va a modificar ahora porque la ley actual es nefasta).

Es aquella cuyo pago del precio se hace de forma fraccionada en distintos precios.

Viene regulada en la Ley 50/1965, de 17 de julio, que tiene un ámbito de aplicación limitado a las ventas a plazos realizadas por empresarios al público, de ciertos bienes muebles corporales no consumibles (electrodomésticos, maquinaria, vehículos, etc.), que tengan una determinada cuantía, que se fijan mediante normas reglamentarias.

Quedan excluidas de su ámbito de aplicación:

- La venta a plazos de ciertos bienes que expresamente diga esta Ley.
- Las compras con destino a la reventa al público.
- Las ventas ocasionales sin finalidad de lucro.
- Las ventas de comercio exterior.

Elementos formales: el contrato de ventas a plazo debe hacerse por escrito, y han de constar en el documento en que se formalice una serie de circunstancias que la Ley señala. De esta forma se consigue que el comprador tenga conocimiento de cuáles son sus obligaciones y sus derechos. La formalización por escrito tiene como objetivos:

- Que se expresen con claridad los plazos en los que el comprador se ha comprometido a pagar la cosa comprada, así como los gastos financieros que lleva a cabo la operación comparando el precio que ha de pagar con el precio al contado.
- En el contrato no sólo deben constar los gastos financieros, sino el coste total del crédito, que comprende los intereses y los demás gastos y cargas que el consumidor esté obligado a pagar, lo que se llama la TAE (Tasa Anual Equivalente) que se ha de formular mediante un porcentaje sobre la cuantía anual del crédito.
- Que conste en el documento la reserva de dominio a favor del vendedor si así se pactó, y la prohibición de disponer de la cosa por parte del comprador mientras no haya pagado, a no ser que el vendedor lo consienta por escrito.

El contrato se perfecciona cuando el comprador satisface, en el momento de la entrega o puesta a disposición del objeto vendido, un desembolso inicial. Sin embargo, este desembolso inicial no es necesario que se realice para la validez del contrato, porque si el comprador recibe la cosa sin pagarlo, el vendedor pierde el derecho a percibir el importe de dicho desembolso inicial, es decir, el contrato se perfecciona por la entrega de la cosa al comprador (es un contrato real).

El comprador puede renunciar a los plazos concedidos, de forma que el comprador puede satisfacer anticipadamente la parte del precio pendiente de pago, al vencimiento de los plazos. Los gastos que ha de abonar el comprador en el caso de reembolso anticipado del crédito obtenido han sido limitados por la Ley 7/1995 de crédito al consumo.

- **Reserva de dominio**: el pacto de reserva de dominio de la cosa vendida a favor del vendedor es una cláusula tradicional que sirve de garantía al vendedor para asegurarse el pago del precio aplazado. Para que opere este pacto, ha de establecerse por escrito expresamente, y sólo puede ser opuesta a tercero si se ha inscrito en un Registro especial, pero tal cláusula, aunque no esté inscrita, produce sus efectos en las relaciones entre el comprador y el vendedor.

Naturaleza del pacto de reserva de dominio: es un pacto por el que la transmisión de la propiedad del vendedor al comprador depende de la condición suspensiva del pago por éste del precio pactado. En este caso, si el comprador incumple su obligación de pagar, el vendedor puede optar por recuperar la posesión de la cosa, o por el pago de la cantidad no pagada. Si el vendedor exige el pago del precio, puede exigir la venta de la cosa en subasta notarial, incluso en caso de quiebra o de suspensión de pagos del comprador.

- Si el comprador se **demora** en el pago de dos plazos o el último de ellos, el vendedor puede optar por

hacer lo siguiente:

- Exigir el pago de todos los plazos pendientes de abono: el juez, en circunstancias excepcionales, puede señalar nuevos plazos o modificar los establecidos, además de fijar un recargo sobre el precio a pagar.
- Resolución del contrato: las partes tienen que restituirse recíprocamente las prestaciones realizadas, teniendo derecho el vendedor a deducir de la parte del precio pagado el 10% de esa cantidad en concepto de indemnización, y una cantidad igual al desembolso inicial por la depreciación comercial del objeto. Si fuere insuficiente para cubrir los daños sufridos, el vendedor puede ejercitar una acción de resarcimiento del daño.

COMPRAVENTA INTERNACIONAL.-

En Derecho Mercantil, la compraventa inicial es la venta interlocal, pero muy a menudo lo que se compra y se vende son mercaderías muy valiosas y no en torno a mercados locales, sino a mercados internacionales.

Nuestra compraventa internacional, igual que la nacional, está vinculada al contrato de transportes y al contrato de seguro.

- **Régimen legal:** se compone por las siguientes normas:

- Condiciones generales formuladas por las grandes empresas o por las grandes organizaciones, y contratos tipo pactados con asociaciones representativas de los intereses de los compradores.
- Fórmulas codificadas por la Cámara de Comercio Internacional (INCOTERMS), que son aceptados por los comerciantes, y son puramente de carácter contractual, aunque pueden llegar a convertirse en usos.
- Usos de comercio internacional no codificados.
- Leyes uniformes, es decir, el Convenio de Viena de 1980 sobre Venta Internacional de Mercaderías.
- **Convenio de Viena de 11 de abril de 1980, sobre Venta Internacional de Mercaderías:** ha entrado en vigor, pero ha tenido tantas reservas que, incluso por la calidad de las mismas, se desvirtúa la importancia teórica de este Convenio. Además, no regula algunos problemas muy importantes como el régimen de validez del contrato, el régimen de transmisión de la propiedad de las mercancías, la responsabilidad del vendedor por muerte o lesión causada por mercaderías, etc.

El ámbito de aplicación del Convenio se delimita de la siguiente forma:

- Punto de vista subjetivo: el Convenio se aplica cuando no lo excluyan expresamente, cuando las partes tengan sus establecimientos en Estados distintos y les sea aplicable el Convenio bien por se Estados contratantes, bien como resultado de las normas del DIPr. La nacionalidad de las partes es indiferente, así como el carácter civil o mercantil de la compraventa.
- Punto de vista objetivo: se aplica a las compraventas de mercaderías, incluyendo suministros, y excluye del ámbito de aplicación las ventas judiciales, ventas en subastas, ventas de valores mobiliarios, y efectos de comercio, ventas de buques y aeronaves, mercaderías que se adquieran para uso doméstico o personal, etc.
- **INCOTERMS:** son unas fórmulas o cláusulas que surgen en la contratación internacional. La Cámara de Comercio Internacional (CCI), con el fin de dar una interpretación uniforme a todas las cláusulas y fórmulas que cada país interpretaba a su manera, aprueba en París en 1920 unas reglas uniformes internacionales uniformes, interpretadas por todos de la misma forma, de manera que todos los que negocian con estas cláusulas las interpretan igual.

Los INCOTERMS tratan de dar solución a 3 problemas:

- El lugar en que se considera entregada la mercancía.
- La transmisión de los riesgos: ¿en qué momento justo?.
- El reparto de los gastos entre el vendedor y el comprador.

Estas cláusulas a veces tienen un valor de costumbre internacional, pero son contractuales porque las partes se acogen voluntariamente a ellas.

EL CONTRATO ESTIMATORIO.–

Es un contrato cuyo objeto es facilitar la distribución de mercancías (Ej. Periódicos) que son propiedad del mayorista, y lo hacen a través de los minoristas o detallistas (el señor del quiosco), que no pueden hacer frente a una adquisición en firme, y que mediante este contrato, ven financiada por el mayorista la posibilidad de dar salida a estos géneros.

A su vez los mayoristas obtienen a cambio de esa financiación un ahorro en cuanto a gastos y costes de almacenamiento de bienes, que ceden a los minoristas, pero sin asumir los riesgos de pérdida y deterioro de estos géneros.

URÍA define el contrato estimatorio como un contrato por el que una persona (el que entrega), entrega una cosa mueble a otra (*accipiens*), con la obligación por parte de

Ésta de procurar la venta de estas cosas y devolver a la conclusión del plazo establecido las cosas no vendidas o el precio estimado de las ventas.

La naturaleza del contrato ha sido muy controvertida: según URÍA, es un contrato mixto, que tiene elementos de la compraventa, de la comisión de venta, y de venta sometida a condición suspensiva.

Efectos del contrato:

- El *accipiens* (el señor del quiosco) no recibe la propiedad de los géneros: sólo su posesión y autorización para vender. No tiene cualidad de depositario (porque no podría usar los bienes), aunque se podría decir que es un depositario autorizado para la venta o depositario con comisión de venta. En ningún caso hay una venta en firme. Hay una financiación y un ahorro de gastos de almacenamiento a cambio de una autorización para vender, asumiendo un riesgo de deterioro.
- El precio estimado no será el precio de venta del producto, sino un precio pactado inferior al de venta, y en cuya diferencia radica la ganancia del *accipiens*. El tercero adquirente de buena fe no puede ser perturbado en la posesión pacífica de la cosa, porque aunque la compró de un *non domino*, éste estaba expresamente autorizado para la venta.

CONTRATO DE SUMINISTRO.–

Es una venta cuya especialidad estriba en la obligación de entrega. En esta compraventa, el suministrador se obliga a llevar a cabo unas prestaciones en un tiempo determinado o indeterminado, a cambio del pago de un precio, bien por la suma de la totalidad de las prestaciones periódicas llevadas cabo, o bien por cada una de ellas. Mientras que la compraventa es un contrato de ejecución instantánea, el de suministro lo es de ejecución sucesiva o de duración. Normalmente se lleva a cabo entre empresarios porque el objeto de suministro suelen ser materias primas (gasolineras, café, etc.).

Es un contrato no formal porque se perfecciona sólo por el consentimiento, pero suele constar en un formulario por escrito.

Es un contrato atípico que no está regulado ni en el C.Co. ni en las leyes especiales, cuyos rasgos han sido

definidos por la Jurisprudencia, doctrina y la práctica comercial

El objeto del contrato es cualquier cosa mueble genérica. En el contrato debe expresarse su calidad; normalmente se hace mediante muestras.

Sobre la cantidad, puede estar determinada en el contrato numéricamente (todos los meses X cantidad de algo); si no lo está, ¿qué pasa con los períodos de necesidad del suministrado?. Entra en juego la buena fe, y por ella el suministrado no puede exigir mayor cantidad de la que pueda facilitar el suministrador (él tendrá también compromiso con otros). Como es un contrato de duración, hay que fijar una revisión del precio.

La duración del contrato puede estar determinada; las partes en este caso sólo pueden separarse por justa causa. Si es de duración indeterminada (no caben las vinculaciones perpetuas), puede pactarse mediando un preaviso.

En caso de resolución del contrato, sólo tiene efectos ésta para las prestaciones futuras, pero no para las prestaciones pasadas.

COMPRAVENTAS ESPECIALES.-

Son aquellas reguladas en la Ley 7/1996, del Comercio Minorista, y se denominan especiales porque para poder realizarlas, los comerciantes necesitan una autorización administrativa otorgada por la C.A. correspondiente. Pero si afectan a varias CC.AA., la autorización no emana de las CC.AA., sino del Ministerio de Comercio y Turismo.

Tipos:

1.- Ventas a distancia: son aquellas que se realizan sin la presencia de las partes (comprador y vendedor), y por tanto la oferta y la aceptación se realiza a través de un medio de comunicación. Ej. Catálogo. Este contrato sólo se entiende perfeccionado si el comprador ha manifestado expresamente su consentimiento al vendedor (arts. 40, 41 y 42). Cuando el vendedor recibe el pedido del comprador, aquél tiene que ejecutar la compraventa en un plazo de 30 días. Generalmente, el pago del precio se hará con posterioridad a la recepción de la cosa, a no ser que el pedido se haya hecho con algún elemento diferenciado para un cliente concreto, y a solicitud del mismo (art. 43).

Una vez recibida la mercancía por parte del comprador, éste tiene derecho al desistimiento en el plazo de 7 días desde dicha recepción, sin tener que pagar penalidades; lo único que tiene que pagar son los gastos de devolución del producto, y en su caso la indemnización de los desperfectos del objeto de la compra. Hay unas excepciones al derecho de desistimiento, que se dan cuando se trata de productos sujetos a fluctuaciones del mercado no controlado por el proveedor; los intervenidos por fedatario público; y, aquellos que por su naturaleza no puedan ser devueltos.

Las consecuencias del ejercicio de este derecho son que el vendedor tiene que devolver el precio pagado por el comprador; si la venta se hizo mediante tarjeta de crédito, la devolución se hará en un breve plazo; si la venta estuviera vinculada a un acuerdo de crédito, éste se resolverá.

2.- Venta automática: se trata de aquellas compraventas que se realizan a través de unas máquinas cuya instalación requieren autorización administrativa. Ej. Máquina que vende patatas en una estación de autobuses. El comprador recibe el producto elegido habiendo metido primero el dinero (precio del producto). Las máquinas deben contener unos datos: información sobre la clase de producto, el precio, las monedas que se admiten para su pago, instrucciones de manejo, identidad del oferente, dirección y teléfono de reclamaciones, y deben permitir la recuperación automática del importe introducido en caso de no facilitarse el artículo solicitado.

El oferente del producto y los titulares del local donde la máquina esté instalada responden solidariamente de las obligaciones, siempre que el local esté destinado al ejercicio de una actividad privada (no responden las administraciones públicas de las máquinas).

3. – Venta ambulante o no sedentaria: es la realizada por comerciantes fuera de establecimiento comercial, en locales debidamente autorizados o en camiones–tienda, siempre bajo autorización administrativa. Ej. Mercadillos.

4. – Venta en pública subasta: consiste en ofrecer la venta de un bien, pública e irrevocablemente, a favor de quien ofrezca el mejor precio dentro de un plazo determinado. La regulación de las ventas en pública subasta se aplica a las efectuadas por empresas que se dediquen habitualmente a esta actividad o al comercio al por menor. Las subastas de títulos, las subastas judiciales y administrativas se regirán por su normativa específica (art. 56).

Los bienes a subastar pueden pertenecer a la empresa subastadora o a un tercero. En caso de que se trate de bienes de un tercero, se celebra previamente a la venta un contrato de subasta, que regula las relaciones entre la empresa que subasta y el propietario del bien.

Las ofertas deben contener información sobre los objetos y sus cualidades. La empresa subastadora sólo puede exigir la constitución de una fianza a los licitadores que quieran participar en ella, si previamente se ha consignado esa condición en los anuncios de la subasta. El importe de la fianza no puede ser superior al 5% del precio del bien en cuya licitación se quiera participar, y dicho importe tiene que ser devuelto a los licitadores que no han adquirido finalmente el bien subastado en el plazo de 3 días siguientes al acto de la subasta.

La adjudicación del bien debe constar por escrito en documento público o privado, y la entrega del bien vendido se hará una vez satisfecho el precio de remate. Los bienes muebles adquiridos en subasta son irrevindicables en la forma del art. 85 C.Co.

Todos estos tipos de compraventas especiales, en caso de **incumplimiento**, puede dar lugar a las acciones civiles y a responsabilidad administrativa.

1

95