

Programa de Dº Mercantil I

Primera parte:

- Referencia a la formación histórica del dº mercantil
- Concepto y caracteres generales del dº mercantil
- Fuentes del dº mercantil
- El empresario y la empresa
- Clases de empresarios, responsabilidad, noción legal de consumidor
- La adquisición del estado de empresario
- Registro Mercantil
- Contabilidad de los empresarios
- Regulación de la competencia
- El dº sobre las creaciones industriales
- Protección de los signos distintivos de la empresa
- El negocio del empresario como manifestación objetiva de la empresa

Segunda parte:

- Los empresarios sociales
- La sociedad colectiva
- Caracteres generales de la S.A.
- Constitución de la S.A.
- Las acciones
- Transmisión y derechos sobre las acciones
- Los órganos sociales. La junta general
- Los administradores
- Modificación de los estatutos, aumento y reducción del capital social
- Las cuentas anuales, su verificación y la distribución del resultado del ejercicio.

PRIMERA PARTE

T.1 – REFERENCIA A LA FORMACIÓN HISTÓRICA DEL Dº MERCANTIL

En la época romana no existía el Dº Mercantil y había poca consideración con los comerciantes.

El Derecho Mercantil surge en la Edad Media de la mano del desarrollo del comercio local internacional. Surge como un derecho especial del comercio y de los comerciantes. Hay sectores doctrinales que dicen que el derecho mercantil no surgió en el derecho romano, porque entonces el derecho civil era suficientemente amplio para cubrir las necesidades del momento.

S. XIX:

Proceso de codificación mercantil: nace por razones políticas y técnicas, como son:

- soberanía del Estado frente al ciudadano en condiciones de igualdad con sus semejantes.
- Necesidad de seguridad jca: la codificación nace en Francia con el Código de Comercio francés de 1807 que se expande por Europa (España, Alemania e Italia)

En España nacen 2 códigos:

- **Código de Comercio de 1829** (deriva de la Consti de 1812) que supuso un progreso en la delimitación del dº mercantil
- **Código de Comercio de 1885**, es la ley mercantil más importante. Su importancia ha ido disminuyendo a medida que se han ido promulgando diferentes leyes especiales que derogaban parte de su contenido o lo modificaban.

S. XX:

Descodificación: erosión de los códigos debido a su inadaptación a las nuevas necesidades regulatorias. Se crean nuevas leyes que a veces complementan el código pero otras lo contradicen.

Recodificación: la situación creada por el anterior proceso de descodificación, de contradicciones jcas, lleva a este proceso, materialmente imposible, por lo cual se crean códigos sectoriales para algunas materias especiales.

T.2 – CONCEPTO Y CARACTERES GENERALES DEL Dº MERC. ESPAÑOL

CONCEPTO DEL Dº MERCANTIL

Consideraciones preliminares: Para la CE 1978 el dº merc resulta un producto unitario atribuyéndosele al Eº la competencia exclusiva sobre la materia (ppio de unidad del mercado).

Criterios de delimitación tradicionales: la delimitación puede llevarse a cabo de varias formas:

- por comparación respecto al dº civil (que es un dº privado común), el mercantil es especial xq se aplica a los empresarios y su actividad.
- Por criterios:

–criterio del comercio (no válido por recuccionista)

–criterio de los negocios (no válido por demasiado genérico ya que los negocios los hacen empresarios y también particulares)

–criterio de la vida económica (n.v. por genérico)

–criterio de los actos masivos (n.v. ya que tb hay actos individuales de carácter mercantil)

–criterio del mercado (n.v. xq tb influyen normas de otras ramas en el mercado)

–criterio de la empresa, entendida ésta como una organización de factores productivos que actúa hacia el mercado. El titular es el empresario, entendido como organizador de los factores productivos.

Formulación del concepto de dº mercantil: El dº mercantil se puede formular como parte del dº privado que comprende un conjunto de normas jcas que regulan el estatuto del empresario y los actos que realiza profesionalmente en su actividad. Está influida por intereses generales y particulares.

El DM español es el derecho de las formas organizativas de la empresa y de las actividades de los empresarios. El DM es el derecho del tráfico económico profesional, que hoy es el tráfico de las empresas. También es el derecho de los consumidores.

El concepto de empresario va entendido en sentido amplio (comerciales, industriales y de servicios). Existen

algunos tipos de empresario que plantean dudas sobre su inclusión: agrícolas (quedan en ppio al margen, aunque si adoptan forma de sociedad mercantil sí que entran en este ámbito), artesanos que tienen un estatuto especial.

T.3 – FUENTES DEL DERECHO MERCANTIL.

• Particularidades de las fuentes del Derecho Mercantil.

Cuando hablamos de fuentes hay que distinguir, a modo de recordatorio:

- Fuentes materiales: son las que tienen capacidad para crear las normas jurídicas.
- Fuentes formales: son las formas a través de las cuales se exteriorizan las leyes objetivas creadas.

Nuestro Cco concibe el DM como un sistema de derecho especial sustancialmente autónomo. Frente a la prelación general de fuentes del artículo 1 CC el ordenamiento mercantil va a establecer en el artículo 2 Cco su propio sistema de fuentes. Solo faltando normas especiales mercantiles entra en juego el derecho común.

Según el artículo 2 Cco, la materia mercantil vendría regulada en primer lugar por las normas mercantiles, en cuanto normas especiales, es decir, en primer lugar por las normas legales mercantiles y en segundo lugar por los usos de comercio, es decir, costumbre mercantil. Ahora bien, el DM no es absolutamente autónomo, sino que se concibe como un subsistema normativo que se integra en el sistema más general del derecho civil común. Este derecho, el civil común, se aplicará de forma supletoria en defecto de normas específicas mercantiles.

En definitiva, de acuerdo con el sistema de fuentes del Cco, en las relaciones mercantiles prevalece la costumbre mercantil sobre la ley común. La especialidad mercantil en el sistema de fuentes es:

- Ley mercantil.
- Costumbre mercantil.
- Derecho civil común.

La referencia que hacen los artículos 2 y 50 del Cco al derecho civil común plantea dos cuestiones:

Por un lado, si después de la promulgación del CC, esta invocación al derecho común, se refiere al derecho común contenido en el CC o si se refiere al derecho común tanto al contenido en el CC como al contenido en los derechos forales. Actualmente, la mayoría de la doctrina piensa que esta referencia de los artículos 2 y 50 al derecho común, se refiere exclusivamente al derecho contenido en el CC y la base de esta afirmación la encontramos en el artículo 4.3 CC que recoge la supletoriedad del CC.

Por otro lado, la prelación de fuentes del artículo 2 Cco afecta según la mayoría de la doctrina a toda la materia regulada por el derecho mercantil, con una importante excepción, que se encuentra en el artículo 50 Cco. Este artículo, en materia de régimen general de obligaciones y contratos mercantiles nos remite directamente en defecto de leyes mercantiles al derecho común, omitiendo toda referencia a los usos del comercio.

En todo lo relativo a los aspectos generales del régimen de los contratos mercantiles, el Cco da preferencia a las normas civiles sobre las mercantiles.

Debe quedar claro que el derecho común no es fuente del DM. El DM es un derecho especial, y las normas civiles no constituyen una manifestación del DM. El derecho común se aplica a las operaciones mercantiles subsidiariamente. La referencia al derecho común que aparece en el sistema de prelación de fuentes del DM, solo pone de manifiesto la vinculación existente entre el derecho civil y el DM, entre derecho civil como

derecho privado general y el DM como derecho privado especial de los empresarios.

El derecho civil común va a desarrollar 2 funciones en relación con el derecho mercantil:

- Una función supletoria.
- Una función integradora.

La distinción entre ambas no está prevista por el legislador, pero tiene pleno sentido. El derecho civil como derecho supletorio, va a cubrir las lagunas no previstas del DM. Cuando en el tráfico económico de empresa aparecen nuevos supuestos de hecho no contemplados por leyes mercantiles, y si tampoco existe un costumbre mercantil que regule esos supuestos, entrará en juego el derecho civil. Es decir, las normas generales reguladoras de las relaciones jurídico – privadas.

En aquellas otras zonas en las que el DM se ha concebido desde un principio, con carácter fragmentario, el derecho civil desarrolla una función integradora. En este caso, el derecho civil rige de modo directo, porque el DM, conscientemente, ha dejado hueco para él. En éste caso, es lógico que este derecho se aplique con prioridad sobre los usos mercantiles. Esto es lo que sucede en la parte de obligaciones y contratos mercantiles y de ahí la norma del artículo 50 Cco.

Desde que se promulgó el Cco se han producido numerosos cambios, y han afectado a planteamientos jurídicos e igualmente se han producido cambios desde el punto de vista de los hechos. Pero todos esos cambios van a afectar de un modo u otro al orden de prelación de las fuentes del DM.

- Cambios desde el punto de vista jurídico – positivo:

Lo que hay que plantearse es, si el sistema de fuentes mercantiles del artículo 2 Cco se ha visto afectado o no por la nueva ordenación de las fuentes del derecho en general, que se introduce con la reforma del título preliminar del CC en 1974. Nos planteamos en qué medida, después de que el artículo 1 CC afirma con contundencia la primacía de la ley sobre el resto de las fuentes del ordenamiento, cabe seguir manteniendo la aplicación preferente de los usos de comercio sobre la legislación de derecho común en el ámbito del DM.

Según un sector doctrinal, la valía del sistema de prelación de fuentes mercantiles está clara por dos razones:

- Primera: porque dentro del sistema de fuentes del DM se respeta el principio de jerarquía formal de las fuentes.
- Segunda: es que la ordenación general de las fuentes respeta los derechos especiales y por lo tanto admite la posibilidad de que un derecho especial contenga un precepto estableciendo un sistema especial de fuentes para ese derecho. Esta argumentación se hace desde el artículo 4.3. CC

Otro sector doctrinal afirma que en la reforma del título preliminar del CC encontramos normas que deben incidir en la jerarquización de fuentes del artículo 2 Cco, y en concreto en la posición de los usos en este sistema de fuentes. En la exposición de motivos de la reforma del 74, se deja claro que el artículo 1 CC quiere jerarquizar las fuentes dando primacía absoluta a la ley. Además la jerarquización de fuentes del artículo 1 CC pretenden ordenar las fuentes del ordenamiento con carácter general, es decir, el alcance del artículo 1 no se debe limitar a la materia contenida en este código (CC).

Por otro lado el CC es posterior al Cco y ambas normas tienen el mismo rango. Siendo esto así, debería prevalecer la normativa del CC sobre lo dispuesto en el Cco sobre aquello que se contradigan. Según estos autores, el uso en materia mercantil no debe prevalecer sobre la ley, ya sea mercantil o no.

- Evolución de las fuentes desde un punto de vista fáctico:

En cuanto a las fuentes de derecho legal destacar dos cosas:

- Que nuestro ordenamiento jurídico se han incorporado numerosas normas de carácter internacional. Estas normas se integran en nuestro ordenamiento mediante la firma de convenios internacionales.
- Actualmente, a nuestro ordenamiento ha llegado numeroso derecho legislado precedente de la UE, y este derecho ha incidido en numerosas zonas del derecho mercantil. Este derecho además tiene primacía sobre el derecho estrictamente español.

En cuanto a las fuentes de producción autónoma destacar también dos cosas:

- Hay que constatar el declive que sufre el derecho consuetudinario.
- El desarrollo que adquiere una nueva fuente cuyo fundamento de vigencia es polémico, pero cuya eficacia fáctica es un hecho. Esta fuente son las condiciones generales para la contratación.

• **Legislación Mercantil.**

Dejar claro que desde el punto de vista de la fuerza normativa, los códigos no tienen mayor importancia que una ley especial cualquiera. Los códigos se diferencian de las leyes especiales porque son cuerpos orgánicos de mayor extensión, pero su fuerza vinculante es la misma que la de una ley. Por ello cuando en alusión al sistema de fuentes hablamos de ley mercantil, nos referimos tanto al Cco como al resto de las disposiciones mercantiles con rango de ley.

Las leyes mercantiles no son leyes con caracteres especiales, se diferencian del resto de leyes únicamente por el objeto de su regulación, por la materia que regulan.

• **Código de Comercio de 1885.**

Es la ley mercantil más importante. Su importancia ha ido disminuyendo a medida que se han ido promulgando diferentes leyes especiales que derogaban parte de su contenido o lo modificaban.

• **Competencia legislativa de las CCAA en materia Mercantil.**

Los artículos 149 y 150 CE establecen el sistema de competencias de las CCAA y el estado en ciertas materias. El sistema de la CE es de reparto competencial, en función de las materias reguladas.

Dentro del sistema de reparto competencial que establece la CE entre estado y CCAA, la competencia en derecho mercantil, se entiende competencia exclusiva del estado. La legislación mercantil debe ser de ámbito y carácter estatal y ello por exigencias de la unidad de mercado. Ahora bien, el artículo 149.1 en sus números 9, 20 y 21, enumera también entre las materias que son competencia exclusiva del estado la legislación sobre la propiedad industrial y el transporte. Esto no deja de ser extraño, porque estas materias en su vertiente privada se consideran mercantiles, y en consecuencia se deberían entender incluidas en la referencia general que hace el 149.1 6ª a la legislación mercantil.

Además el 149.1 en sus nº 11 y 13 dice que al estado le va a corresponder regular las bases de la ordenación del crédito, banca y seguros y también las bases y la coordinación de la planificación general de la economía.

El 148.1 nº 5 y 12, se afirma que las CCAA van a poder asumir competencias en materia de ferrocarriles, transportes terrestres internos y ferias internas.

Por último, el 149.3 dice que las materias que no estén expresamente atribuidas al estado podrán ser asumidas

por las CCAA en virtud de sus respectivos estatutos. Las CCAA han aprovechado esta confusa situación normativa para atribuirse competencias legislativas sobre las materias que hemos visto y sobre otras, y ello a través de sus estatutos de autonomía.

Todas estas materias, en su vertiente privada, se consideran mercantiles, por tanto, la competencia legislativa exclusiva sobre ellos la tiene el estado (149.1.6ª). Lo que sucede es que la administración pública cada vez interviene más en la actividad económica y esa intervención ha dado lugar a que se generen muchas normas de derecho público – económico. En esta campo es donde van a poder intervenir las CCAA.

En el ámbito mercantil, las CCAA deberán limitarse a dictar normas para el desarrollo legislativo en el territorio de la CCAA o simplemente a cuidar de su ejecución. En conclusión, toda la regulación de carácter privado sobre la materia mercantil queda reservada al estado. Las CCAA no tienen competencia legislativa en esta materia.

• **Los Usos de comercio.**

El artículo 2 Cco establece un sistema de fuentes de DM que dice que a falta de ley regirán los usos de comercio. El tema de los usos es complicado por cuestiones terminológicas. La expresión uso es un término equívoco, ya que alude a un dato externo, la repetición de actos, al margen del alcance jurídico que debamos darle a esa repetición. El uso es uno de los elementos integrantes de la costumbre y no queda claro que cuando el Cco habla de uso se refiera a la costumbre.

Entendemos por uso la práctica repetida de una determinada conducta, de forma que será uso mercantil la práctica repetida de una determinada conducta en el tráfico mercantil. Nos estamos refiriendo a la observancia general, constante y uniforme de ciertas prácticas y reglas por los comerciantes en sus negocios.

Tradicionalmente, junto a este elemento externo de la repetición de conductas, la doctrina ha venido exigiendo algo más. Para estar ante una verdadera costumbre, dicha conducta se debe llevar a cabo en el convencimiento de estar cumpliendo con una norma jurídica mercantil, objetiva y por tanto de obligado cumplimiento. A este elemento es lo que la doctrina llama *opinio iuris*.

Lo cierto es que el uso por sí sólo no tiene asegurado su reconocimiento por los tribunales como norma integrante del ordenamiento jurídico. De alguna forma es necesario que la comunidad esté persuadida de la obligatoriedad jurídica del uso para que este pueda ser considerado como norma jurídica. Por lo demás, el uso no podrá ser contrario a la ley, moral y orden público.

El DM surgió y se desarrolló en la EM como un derecho consuetudinario. La costumbre mercantil, por tanto, va a ser muy importante en la sociedad medieval políticamente muy disgregada y donde la tradición oral tiene mucha importancia. Actualmente, hay que reconocer que es muy difícil y complicado que se den las condiciones mínimas necesarias para que surjan costumbres y puedan ser consideradas como verdaderas.

Los usos surgen en el campo de la contratación mercantil, y lo hace fundamentalmente para cumplir tres funciones:

- Suplir la falta de una regulación legal adecuada.
- Cubrir las eventuales lagunas que existían en el régimen de un contrato.
- Nos ayudan a interpretar los contratos cuando surjan dudas.

Los usos cumplen así dos funciones principales, integradora e interpretadora de los contratos. Así, podemos decir que los usos constituyen una manifestación espontánea del derecho. La doctrina ha destacado como se forman los usos en 3 fases:

- En un primer momento, en un determinado grupo de contratos aparecen de forma repetida y constante determinadas cláusulas, que se denominan cláusulas de estilo.
- Posteriormente, en segundo lugar, el contenido de estas cláusulas se sobreentiende que se admiten por las partes aunque no aparezcan en el contrato. Aquí nos encontramos ante los usos interpretativos. Estos no constituyen derecho objetivo y se aplican al contrato por voluntad presunta de las partes. Se trata de usos que nos ayudan a interpretar los contratos supliendo en ellos la falta de cláusulas que de ordinario suelen establecerse. (1287 CC).
- Finalmente, con el paso del tiempo y con el uso constante y reiterado, esos usos se van a objetivizar en el sector del tráfico que se trate. En este momento nos encontramos ante usos objetivos, es decir, normas de derecho objetivo que regulan una determinada realidad jurídica y que se imponen ante los contratantes aunque estos no conozcan su existencia. El hecho de que el uso se aplique a una relación jurídica al margen de la voluntad de las partes es decisivo para ser considerado como uso normativo.

En cuanto a la eficacia de los usos, estos se van a aplicar ante la falta de ley mercantil aplicable y con preferencia sobre el derecho común.

• **Clases de Usos mercantiles.**

Cuando en 1974 se reformó el Título Preliminar del CC, se estableció un nuevo sistema de fuentes y se prestó una especial importancia a los usos. El artículo 1.3 párrafo 2º dice que los usos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre. Este artículo dejó clara 3 cosas:

- Que una cosa es la costumbre y otra los usos interpretativos.
- Que desde el punto de vista de las fuentes, el legislador va a valorar de forma diferente a los usos normativos y a los interpretativos.

Los usos normativos van a suplir la falta de ley y son fuente de derecho. Los interpretativos nos ayudan a interpretar la voluntad de las partes en un determinado contrato, y sólo van a regular esa realidad jurídica en tanto y cuanto se presume que ha sido querido por las partes.

Asimismo, podemos destacar otras clasificaciones de los usos:

- Usos comunes a todo tipo de comercio o especiales aplicables a determinada situación mercantil.
- Usos internacionales, nacionales o locales.

• **Determinación de su existencia y prueba del Uso.**

En teoría, el uso tiene una ventaja sobre la ley, y es que se adapta mejor a las necesidades reales del tráfico. El inconveniente es que su formación es lenta y en muchos casos el uso se caracteriza por la falta de fijeza y de claridad.

Actualmente es difícil pensar en formación de costumbre realmente consolidada por dos razones fundamentalmente:

- Porque la regulación legal tiende a extenderse invadiendo todos los sectores y con carácter cada vez más imperativo.
- Porque el lugar que antes ocupaban los usos, ahora es ocupado por las Condiciones Generales para la Contratación.

Es difícil saber qué usos están vigentes en un determinado momento y lugar. Por ello el TS y el CC sostienen

que salvo en el supuesto del uso notorio, el uso debe ser probado por la parte que lo alegue, no se presume que el juez conoce los usos. Hay que destacar que se han llevado a cabo recopilaciones de usos mercantiles por organismos oficiales y a ellos puede acudir el juez para comprobar la existencia del uso.

• **Significado de las Condiciones Generales para la Contratación.**

Entendemos por Condiciones Generales de la Contratación, el clausulado general que un empresario o grupo de empresarios tiene preparado para que sirva para regir todos los futuros contratos que realice de un determinado tipo, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate.

El concepto legal está en el artículo 1 LCGC. Es esencial al concepto de condición general, que la parte típica y fija de los futuros contratos haya sido preestablecida, de forma que todos los contratos de igual clase tengan igual contenido.

El empleo de estas condiciones generales viene da antiguo y a través de ellas se trata de racionalizar la contratación dentro de las empresas. Esta racionalización se lleva a cabo a través del establecimiento de formularios y contratos tipo.

Las condiciones generales se han ido desarrollando al mismo ritmo que se desarrolló la estructura empresarial. Comienzan a emplearse en el sector de las grandes empresas del sector del transporte marítimo y de seguros. Después pasan a las empresas bancarias, de suministros etc. Actualmente, las condiciones generales invaden todos los sectores de la contratación mercantil.

Actualmente, hay que decir que en la contratación mercantil es absolutamente necesario el empleo de condiciones generales. La masificación del mercado y del consumo ha provocado que los mismos contratos se realicen en repetidas ocasiones y ello hace imposible la discusión de todas las cláusulas de los contratos. A través de ellas, se trata de economizar tiempo y medios personales y materiales en la actividad empresarial. Además, con las condiciones generales, se va a dar un tratamiento similar a todos los clientes que solicitan un determinado producto o servicio.

El empleo de estas condiciones suponen un riesgo de abuso porque las partes que firman el contrato no tienen la misma capacidad para decidir la inclusión o no de una cláusula en el mismo. Las empresas redacta en contrato y el consumidor o usuario se adhiere o no a él. Al redactar el empresario trata de aligerar su responsabilidad en la relación contractual, tratando de trasladar a la otra parte los riesgos de la relación jurídica. El riesgo de abuso se trata de paliar mediante 3 controles:

- Legislativo, de las condiciones generales.
- Administrativo.
- Judicial.

La naturaleza jurídica de las condiciones generales ha sido discutida en la doctrina. Destacan dos posiciones, la normativista y la contractualista.

Para los normativistas, las condiciones generales son una nueva fuente de derecho objetivo, porque son elaboradas por escrito por el empresario y se van a destinar a una generalidad de personas. Además, si el cliente quiere el bien o servicio en cuestión, deberá someterse en todo caso a ellas.

A pesar de este sector, las condiciones generales solo van a ser eficaces si el contrato en el que se incluyen recibe el consentimiento de ambas partes. Además, aún en el supuesto de que ambas partes firmen el contrato, dichas condiciones solo afectan a las partes firmantes. En definitiva, a las condiciones generales les falta 2 notas que tiene toda norma jurídica:

- Heteronomía.
- Generalidad.

Parece que las condiciones generales son el fruto de la autonomía de la voluntad de los participantes. Estos, en el uso de la autonomía de la que disponen, deciden someter su relación jurídica a un régimen previamente establecido en las condiciones generales, pero eso no hace que éstas se conviertan en derecho objetivo. En conclusión, las condiciones generales constituyen preceptos de naturaleza contractual, se trata de declaraciones negociales destinadas a regular de modo uniforme situaciones susceptibles de repetición. Por tanto las condiciones generales no constituyen una nueva fuente de derecho objetivo.

Esta naturaleza contractual no va a variar por el hecho de que antes de su utilización deban ser aprobadas por la administración. La actuación de la administración tiene una finalidad de control de las condiciones generales. Es posible que la administración, a través de una disposición jurídica imponga unas determinadas condiciones generales en una determinada clase de contratos. En este caso, la fuente de derecho objetivo será la ley, y no las condiciones generales. También es posible que el uso repetido y constante de ciertas condiciones en un sector del tráfico de lugar a usos normativos. En este caso, el derecho objetivo surgiría de la costumbre y no de las condiciones generales.

Tanto el TS como la LCGC de 1998 consideran las condiciones generales de contratación, cláusulas contractuales predisuestas por una de las partes contratantes.

T.4 – EL EMPRESARIO Y LA EMPRESA

NOCIÓN ECONÓMICA DE EMPRESA Y EMPRESARIO.

El empresario, como titular de una empresa, se encuentra en el centro del sist del Dº merc, y una de las tareas primeras es exponer las líneas esenciales del rég. jco. De la empresa.

– Noción eco de empresa: es una unidad de producción en la que se combinan los precios del capital y del trabajo con la finalidad de suministrar al mercado bienes o servicios.

– Noción eco de empresario: es la persona que organiza la empresa, la dirige y asume los riesgos que ello implica. Los empresarios se identifican así con el equipo directivo de la empresa.

ASPECTOS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EMPRESA

– Aspecto subjetivo: desde una perspectiva jca la empresa no es un sujeto de dº. Es el empresario y no la empresa el titular de los dchos y oblis que la actividad empresarial genera. Desde una perspectiva jca el empresario es la persona física o jca titular de esa empresa, xq es titular del patrimonio con el que puede responder del incumplimiento de las deudas surgidas en el ejercicio de la actividad empresarial.

– Aspecto funcional: desde una perspectiva funcional, la palabra empresa se refiere a la actividad organizadora del empresario.

– Aspecto subjetivo: el empresario organiza un conjunto de bienes que son el medio para obtener su finalidad económica.

– Aspecto laboral: el empresario organiza a un conjunto de personas que están en una relación de dependencia respecto a él, con el fin de desarrollar la actividad económica en la que se concreta la empresa.

CONCEPTO DE EMPRESARIO

Noción:

–**Def. genérica:** es la persona física o jca que profesionalmente y en nombre propio ejercita la actividad de organizar los elementos precisos para la producción de bienes o servicios para el mercado.

–**Referencia a los profesionales:** junto al empresario aparecen personas que ofrecen servicios al mercado que tradicionalmente vienen excluidas del Dº mercantil, pero se advierte un acercamiento hacia él en el sentido de que existen normas comunes para los empresarios y estos profesionales.

Del concepto de empresario se han excluido tradicionalmente a los médicos, ingenieros, abogados, artistas, etc. Sin embargo, el modo de ejercicio de su actividad se ha venido acercando a los empresarios, no sólo cuando los profesionales asumen para el ejercicio de su actividad la forma de una sociedad, sino más en general cuando realizan su actividad incluso sin constituir una sociedad mercantil.

Importancia de la calificación como empresario: la calificación de una persona como empresario tiene las siguientes consecuencias jcas:

- está sometida a un determinado estatuto jco, está obligada en ciertos casos a inscribirse en el Registro Mercantil, debe llevar una contabilidad ordenada, está sometido a unos procedimientos concursales específicos para los casos de insolvencia.
- La intervención del empresario califica a ciertos contratos como mercantiles (depósito, préstamo, compraventa)

NOTAS CARACTERÍSTICAS DEL CONCEPTO DE EMPRESARIO

Actividad de organización: organización de elementos personales y materiales para la producción de bienes o de servicios para el mercado. La labor de organización da origen a un conjunto de relaciones jcas de naturaleza diversa; por un lado, las que se apoyan en el contrato de trabajo y originan un vínculo de cada trabajador con el empresario; por otro, el empresario es titular de dchos sobre determinados bienes o es parte de contratos que le consienten disponer de un conjunto de elementos materiales que organiza.

La organización de los elementos materiales da lugar a un conjunto de cosas que por estar organizado puede adquirir un valor superior al que tendrían aisladamente los elementos que lo componen. Este conjunto puede ser objeto de negocios jcos y su titular es el empresario.

Actividad Profesional: quiere señalarse con este término que es una actividad constante, pero además implica que la actividad se manifiesta al exterior, que se da a conocer y ejerce públicamente. Este aspecto nos muestra que el empresario produce bienes y servicios para el mercado, de manera que quien produce para sí mismo no puede calificarse como empresario.

Actuación en nombre propio: esta actividad debe ser ejercitada en nombre propio, y esto es esencial, xq el titular de la empresa se atrae las consecuencias jcas de las relaciones en las que interviene como sujeto.

T. 5 – CLASES DE EMPRESARIOS, RESPONSABILIDAD, NOCIÓN LEGAL DE CONSUMIDOR

CLASES DE EMPRESARIOS

El empresario persona física o jca:

Un primer criterio de clasificación de los empresarios es el que distingue entre empresarios que son personas físicas (empresarios individuales) o jcas.

Al empresario individual se contraponen por regla general el social, esto es, aquel que es una persona jurídica que se ha constituido, por regla general, mediante un contrato de sociedad. Este criterio se recoge en el art. 1º del Cco.

El Código no impide que personas jurídicas de otra naturaleza puedan adquirir esa condición de empresario. Para ello, las personas jurídicas han de reunir las notas características del concepto de empresario. Un ejemplo de personas jurídicas que pueden alcanzar dicha condición de empresarios es el de las fundaciones, si es que desarrollan una empresa concurriendo un interés general.

Clases de empresarios por la dimensión de su empresa:

El Cco estableció un estatuto jurídico único para el comerciante, sin tener en cuenta su dimensión. Sin embargo, por medio de disposiciones especiales se va haciendo relevante la distinción entre empresarios según sean titulares de grandes, medianas o pequeñas empresas.

No existe un criterio de distinción determinado para delimitar unas empresas de otras. La dimensión de la empresa incide sobre los otros criterios de clasificación de los empresarios y en el régimen de los mismos, como puede ser el criterio del volumen de las ventas, el número de trabajadores, etc. La ley 1/1994 de 11 de Marzo dice en su art. 1.2 que, se entenderá por pequeñas y medianas empresas aquellas cuyo número de trabajadores no exceda de 250. Hay que tener en cuenta que las sociedades mercantiles que tengan unas dimensiones relativamente reducidas podrán formular un balance o cuenta de pérdidas y ganancias abreviados.

Dentro de los pequeños empresarios nos encontramos con los artesanos, cuya protección pretende hacerse efectiva principalmente mediante el R.D. de Ordenación y regulación de la Artesanía, y su número de empleados no debe pasar de diez.

Empresarios privados y públicos:

En un régimen económico de libertad de mercado, los empresarios públicos ocupan una posición que podríamos calificar como excepcional dentro de la actividad económica general, ya que por lo común, esta actividad está encomendada a los particulares y no a entes que están vinculados con el Estado o Corporaciones de carácter público. Sin embargo, la intervención directa del Eº en la vida económica con la finalidad de defender los intereses generales hace que el llamado sector público, es decir, la actividad desarrollada por los empresarios públicos, sea ciertamente relevante.

Para que el empresario público adquiera esta calificación ha de realizar el ejercicio de la actividad económica con una cierta autonomía con relación a la admón. Pública. El empresario surge cuando se crea por el Eº o las Corporaciones públicas un ente diverso, cuyo fin exclusivo o principal es el ejercicio de una empresa económica. El ente creado puede asumir una forma de Dº público o bien de Dº privado.

RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO.

El empresario ejerce una actividad económica que se concreta en un conjunto de actos (tanto en campo contractual como extracontractual) de los que ha de responder.

¿Con qué bienes responde? El empresario responde con todos sus bienes presentes y futuros (tanto empresario individual como persona jurídica). La responsabilidad patrimonial del empresario individual comprende no sólo los bienes que están afectados al ejercicio de la actividad empresarial, sino también a los que no lo están, su patrimonio mercantil y civil. Existe, sin embargo, una cierta tendencia hacia la limitación de la responsabilidad del empresario. El empresario que sea persona jurídica (sociedad) responde también en forma ilimitada con todo su patrimonio, pero, en algunos casos responden de las deudas de la sociedad también los socios mientras que en otros supuestos los socios no responden del cumplimiento de las deudas sociales (así en las S.A. y de

responsabilidad limitada). Existe en la actualidad una tendencia gral a hacer responder en ciertos casos de las deudas de la sociedad a los que tienen el poder de dirección sobre la misma o el dominio efectivo sobre ella de forma abusiva.

¿De qué hechos responde? La respon surge bien por el incumplimiento de los contratos realizados con otras personas o bien por los daños causados fuera de ese ámbito contractual, conforma a las normas grales contenidas en el CC o de acuerdo con normas específicas. Con el fin de la protección de los consumidores y usuarios, se ha producido una ampliación importante de la responsabilidad de los empresarios, en particular los fabricantes, importadores y suministradores de productos o servicios que les causen daños y perjuicios, aun cuando no exista una relación contractual entre ellos y el consumidor.

LA DELIMITACIÓN NORMATIVA DEL CONSUMIDOR

Se considera consumidor el destinatario final del producto o del servicio. Se excluye a los sujetos que adquieren un bien o usan un servicio para integrarlo en una cadena de producción, los que se colocan en una posición de intermediario. La noción de consumidor tiene proyecciones específicas en ciertos mercados que implican un tratamiento jco específico:

–El consumidor de instrumentos financieros es el inversor al que se protege con la ley del consumo y la ley del mercado de valores

–El consumidor o usuario de seguros es el asegurado a quien se protege con la ley del consumidor más la ley del contrato de seguro

–El consumidor o usuario de productos o servicios bancarios, se le protege con las leyes específicas bancarias además de la ley de consumo.

Regulación: Ley de consumidores y usuarios de 1984, leyes sectoriales de protección y ley de enjuiciamiento civil.

Derechos del consumidor:

Dchos sustanciales: salud, dº a la seguridad, protección de sus intereses económicos y sociales.

Dchos instrumentales: son el dº de información y audiencia, dº de protección en situaciones de inferioridad, dº a acudir a mecanismos procesales adecuados. X eje: juntas arbitrales de consumo, prohibición de cláusulas de sumisión, a otros sistemas de arbitraje, etc.

T.6 – LA ADQUISICIÓN DEL ESTADO DE EMPRESARIO

CAPACIDAD

Respecto a la capacidad que se le exige para adquirir la condición de empresario, hay que distinguir entre las personas físicas y las jcas.

P. físicas: el Cco establece límites en cuanto al ejercicio de una actividad empresarial de una persona física. El artículo 4 exige a las personas que adquirir la condición de empresario que sean mayores de edad y que tengan la libre disposición de sus bienes. Cuando decimos que tienen que tener la libre disposición de sus bienes, nos referimos a que deben tener plena capacidad civil, no deben de haber sido declarados incapaces. Los incapaces no deben adquirir la condición de empresario porque los contratos que realicen serían anulables. El artículo 5 del Cco contiene una excepción ya que este artículo permite a los menores e incapacitados continuar con la ayuda de sus representantes legales el comercio que hubieran heredado. Esta

excepción se justifica en el principio de continuidad y conservación del establecimiento mercantil.

P. jcas: sociedades mercantiles y fundaciones. Adquieren su capacidad cuando se constituyen siguiendo los requisitos legales, que son mediante escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil.

Los intermediarios de distintos sectores del mercado financiero deben obtener una autorización del ministro de economía.

EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD MERCANTIL POR PERSONA CASADA

El problema que se plantea es determinar en el caso del empresario casado si la responsabilidad derivada del ejercicio del comercio puede afectar a los bienes del otro cónyuge y a los bienes comunes. Se sigue la regla de la responsabilidad patrimonial universal. En una sociedad de gananciales queda el problema de qué bienes quedan relacionados a la responsabilidad empresarial. Hay 4 reglas:

- **Bienes privativos del cónyuge empresario:** estos bienes quedan vinculados a los resultados de su actividad empresarial
- **Bienes comunes:** son los adquiridos por la actividad empresarial y los adquiridos para fines distintos. Los primeros quedan obligados, pero para que los segundos también lo sean se necesita el consentimiento del cónyuge no empresario. Este consentimiento puede ser expreso o presunto.
- **Bienes privativos del cónyuge no empresario:** para que éstos queden obligados es necesario que se preste consentimiento expreso.

EL EMPRESARIO EXTRANJERO

Su extranjería se determina conforme al dº civil, en el caso de personas físicas, y según el dº de sociedades en el dº mercantil. Su régimen jco sería dependiendo de si es comunitario o extracomunitario, y en el segundo caso, dependiendo de los tratados existentes.

Pérdida de la condición de empresario: en las causas hay que diferenciar al empresario individual del social.

–**Individual:** fallecimiento, incapacidad, incompatibilidad o cese voluntario.

–**Sociales:** la disolución, normalmente por un acuerdo.

El efecto común es la liquidación de las relaciones contractuales y patrimoniales, en el caso de sociedades la liquidación pasa por el pago de las deudas de los acreedores, determinación del patrimonio social remanente y el reparto de dcho del patrimonio entre los socios en proporción a su participación.

T.7 – REGISTRO MERCANTIL

NOCIÓN, FUNCIONES Y ORGANIZACIÓN

Noción: es una institución administrativa que tiene como función la publicidad oficial de los empresarios y sus circunstancias. Empezó siendo un registro de personas hasta 1989 y ahora es un registro de sujetos y sus circunstancias.

Funciones: tiene 4 ppales:

- **publicidad oficial de los empresarios:** se inscriben tb entes que no tienen la condición de empresarios, como por eje los fondos de inversión, los fondos de pensiones, sucursales de empresarios extranjeros. Se

inscriben obligatoriamente las empresas sociales, las individuales se inscriben voluntariamente, excepto el naviero que es obligatoria.

La ley de comercio minorista obliga a inscribirse a las entidades que desarrollen el comercio mayorista o minorista, superando ciertos parámetros de ventas.

Existe actualmente un proceso de incorporación de nuevas tecnologías para la inscripción de los empresarios y coordinación con otros registros comerciales y de empresas y de otros Estados miembros de la UE.

- legalización de los libros de sociedades
- nombramiento de expertos independientes para valorar aportaciones no dinerarias y para valorar las relaciones de canje entre acciones y participaciones en las fusiones y escisiones en las sociedades.
- Depósito y publicidad de las cuentas anuales, de las sociedades de capitales y sociedades de responsabilidad limitada y de los grupos de sociedad

Organización: tiene 2 modos:

- Registros mercantiles territoriales: en ellos se inscriben los empresarios según su domicilio. Son los registros que reúnen toda la información sobre los empresarios y los únicos que pueden emitir certificaciones.
- Registro mercantil central: centraliza una síntesis de los registros territoriales y ofrece una publicidad informativa, además es el encargado de gestionar el BORME, y gestionar la sección de denominaciones para impedir que se inscriban sociedades con nombres idénticos.

PROCESO DE INSCRIPCIÓN

1 Presentación de los documentos: la regla gral es un mes desde que se produzca el acto que se quiere inscribir y la excepción consiste en que se reduce el plazo a 8 días cuando se trata de acuerdos sociales. La regla es la presentación de documentos públicos aunque pueden presentarse documentos privados en ciertas circunstancias. Los documentos presentados deben respetar la regla del **tracto sucesivo**.

Con la presentación se crea un asiento de presentación donde se registra el día, la hora y el momento exacto, lo que permitirá establecer prioridades de presentación en ciertos casos.

2 Una vez presentados los documentos se pasa a su **calificación por el Registrador Mercantil**, que es responsable de esa calificación. Su calificación se refiere o alcanza a la legalidad de las formas, a la capacidad y legitimación de quienes los otorgan y a la validez de su contenido.

3 Práctica del asiento: la regla gral es que se produzca la inscripción total del acto, aunque se admiten supuestos excepcionales de inscripción parcial de un acto cuando tiene partes separables. El registrador puede suspender o denegar la inscripción indicando en su nota de calificación los motivos para estas decisiones. Estas pueden ser recurridas ante la dirección gral de registros y notariales.

EFICACIA DE LA INSCRIPCIÓN

Tiene **eficacia de publicidad formal** frente a terceros que pueden conocer de este acto inscrito mediante consulta, nota informativa o mediante certificación.

Tiene **eficacia de la legitimación material**: consiste en que el contenido del registro goza de una presunción de exactitud y validez, que está bajo la salvaguardia de los tribunales y que sin embargo la inscripción no convalida los actos o contratos nulos.

Hay 2 tipos de eficacia:

Eficacia declarativa: un acto o contrato es válido y existe antes de su inscripción en el registro mercantil, esta inscripción sirve para declarar su contenido.

Eficacia constitutiva: consiste en que un acto o contrato nace válidamente cuando se inscribe en el registro mercantil. Así las S.A. sólo nacen de forma regular cuando su escritura pública de constitución se inscribe en el registro mercantil, y si no se inscribe nos encontramos ante sociedades irregulares con un régimen anormal.

T.8 – CONTABILIDAD DE LOS EMPRESARIOS

OBLIGACIÓN DE LLEVAR UNA CONTABILIDAD

Alcance: históricamente empieza como una actividad voluntaria del comerciante para organizar adecuadamente su empresa o negocio. Pero al utilizarse como medio de prueba pasa a imponerse como algo obligatorio.

Regulación: se establece por el Cco (arts. 25–49) reformado en 1989 para armonizarlo con la cuarta y séptima directivas de sociedades que hablan de los grupos de sociedades.

Por el plan gral de contabilidad de 1990, que establece la estructura del balance entre pérdidas y ganancias, y los criterios de valoración. Todo ello para permitir que las cuentas presenten una imagen fiel del patrimonio, la situación financiera y los resultados de la empresa o sociedad. Este plan tiene aplicaciones sectoriales.

Resoluciones del ICAC: dicta resoluciones interpretativas sobre determinados aspectos (como aportaciones no dinerarias)

Real Decreto de 2004: establece un régimen simplificado de contabilidad para empresas pequeñas, no más de 10 trabajadores, sin un activo de balance mayor de 1.000.000 € y sin un volumen de negocios anual mayor de 2.000.000 €.

FORMA DE LLEVAR LA CONTABILIDAD

Libros obligatorios:

- generales para todos los empresarios
- libro de inventarios y cuentas anuales
- libro diario

Libros específicos:

- libro de actas para sociedades mercantiles
- libros especiales para las entidades aseguradoras o entidades de crédito.

Requisitos en la llevanza de los libros:

- de autenticidad: pretenden garantizar la autenticidad de los asientos de los libros y son de 2 tipos:
 - extrínsecos: legalización de los libros en el registro mercantil

- intrínsecos: la exigencia de claridad del ordenamiento cronológico, de salvar los errores en omisiones, etc.

–de gestión de la contabilidad:

- deber de conservar los libros por el empresario o sus herederos o por los liquidadores sociales durante 6 años
- secreto de la contabilidad: hay un deber y un dº al secreto de la contabilidad. Ese secreto se levanta en ocasiones bien con carácter gral (comunicación de la contabilidad en caso de concurso del empresario, de liquidación, etc) o bien se levanta con carácter concreto sobre determinados ptos específicos. En este caso se habla de exhibición de la contabilidad.

FORMULACIÓN DE LAS CUENTAS ANUALES

Documentos que constituyen las cuentas anuales:

- balance, que muestra el activo y el pasivo del patrimonio
- cuenta de pérdidas y ganancias, que explican los ingresos y los gastos
- memoria, que explica los documentos anteriores

Valoración de las partidas contables: debe hacerse según los principios de contabilidad generalmente aceptados: ppio de prudencia, de empresa en funcionamiento, de derogación temporal de gastos e ingresos, ppio de precio de adquisición.

Ppio de devengo: para imputar operaciones a un año o ejercicio en concreto

Ppio de responsabilidad: responden de la veracidad de las cuentas anuales el empresario individual o los administradores de la sociedad mercantil que deben firmar esas cuentas o expresar las causas por las que no las firman.

Verificación de las cuentas: en los casos legalmente establecidos o cuando lo acuerde la autoridad judicial, las cuentas anuales deben ser verificadas por un auditor que realiza una labor de comprobación sobre si esas cuentas ofrecen una imagen fiel del patrimonio, situación financiera y resultados. Esa opinión se refleja en un informe de auditoría que expresará en su caso las salvedades, las objeciones o las reservas sobre las cuentas verificadas, esos informes deben seguir las normas técnicas y las resoluciones del ICAC.

Los auditores son personas físicas o sociedades legalmente habilitadas que deben contar en el registro del ICAC y que tienen un régimen de responsabilidad administrativa o disciplinaria que se refleja en las posibles sanciones y en un régimen de responsabilidad civil frente a la empresa auditada o a terceros perjudicados. Existe obligación de auditar cuentas en el caso de las S.A. cotizadas, de las sociedades limitadas que superen las cuantías de activo, volumen anual de negocios y número de trabajadores previstos para realizar un balance abreviado, y de las empresas de intermediación financiera que son las entidades de crédito, las entidades aseguradoras y las empresas de servicios de inversión.

Los auditores han de ser independientes, esto viene a colación de los problemas existentes con los auditores/consultores.

CUENTAS ANUALES DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

La imagen fiel de la contabilidad de las empresas exige tomar en cuenta no sólo su realidad individual, sino

también, en su caso, su integración en un grupo de sociedades. Por eso, además de las cuentas individuales, los grupos de sociedades tienen que formular y depositar las cuentas consolidadas que integran el patrimonio, situación financiera y resultados de todas las sociedades que componen el grupo. Estas cuentas están armonizadas en la UE por la 7ª directiva de sociedades y deben ser formuladas y agrupadas por la sociedad dominante o cabecera de grupo.

T.9 – REGULACIÓN DE LA COMPETENCIA

REGULACIÓN DE LA COMPETENCIA

La competencia entre empresarios y profesionales debe ser libre y efectiva porque es beneficioso para todos los empresarios que compiten, para los consumidores en general y para el conjunto de los ciudadanos. El dº debe establecer un sistema de protección de la competencia, con 2 finalidades fundamentales:

A) Que la competencia sea efectiva y no esté dañada por acuerdos o prácticas concertadas o abusivas. A esta finalidad asciende la Ley de defensa de la competencia 16/1989.

B) Que la competencia sea leal y no está dañada por actos desleales, a esta 2ª finalidad atiende la Ley de competencia desleal.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Los acuerdos y las prácticas restrictivas o abusivas:

• Conductas prohibidas.

El art 1 LDC prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional. Es decir, la ley trata de eliminar cualquier acuerdo de voluntades entre empresas que tenga por finalidad limitar o impedir cualquier forma de competencia.

El art. 1 señala las posibles conductas restrictivas, de forma no limitativa. Se prohibirán aquellas conductas que consistan en (prácticas colusorias):

- La fijación de forma directa o indirecta de precios.
- La limitación o control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
- El reparto del mercado de las fuentes de aprovisionamiento.
- La aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación de desventaja.
- La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de las prestaciones suplementarias que no guarden relación con el objeto de tales contratos.

El art. 2.1º establece la nulidad de pleno derecho de los acuerdos, decisiones y recomendaciones prohibidas en esta ley, que no estén amparados en alguna de las excepciones legales.

• Abuso de posición dominante.

La ley prohíbe también la explotación abusiva, por una o varias empresas, de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional (art 6LDC). Mediante esta prohibición, se introduce dentro de las normas protectoras de la competencia un medio de control de la concentración de empresas, así como de la actuación de la empresa o grupo de empresas que hayan alcanzado una posición de dominio en el mercado.

Señalar que al abuso podrá consistir en:

- ◆ La imposición, de forma directa o indirecta, de precios y otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.
- ◆ La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o los consumidores.
- ◆ La aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situaciones desventajosa.
- ◆ La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación alguna con el objeto del contrato.

• **Falseamiento de la competencia por actos desleales.**

El art 7 de la LDC confiere al tribunal de defensa de la competencia capacidad para conocer aquellos actos de competencia desleal que, por falsear de manera sensible la libre competencia, afectan al interés público. Poniendo en relación la LDC y la Ley 3/1991 de Competencia Desleal, vemos que no todos los actos de competencia desleal caen bajo jurisdicción del tribunal de la competencia, ya que para ello es necesario que se den ciertos requisitos:

–Que exista un comportamiento que efectivamente pueda tipificarse como de competencia desleal.

–Que dicho comportamiento afecte al interés público.

–Que tal comportamiento afecte de modo grave a los mecanismos que regulan el funcionamiento del mercado.

• **Acuerdos y prácticas autorizadas.**

La ley española ha seguido el criterio de considerar que ciertos acuerdos y prácticas prohibidos en principio por aplicación del art 1, pueden ser autorizados. Con ese fin, la ley establece la distinción entre las conductas autorizadas por una ley y las conductas que pueden ser autorizadas por el tribunal de defensa de la competencia.

Así, en el art 2 se contemplan aquellas conductas que, a pesar de estar prohibidas por el art 1, pueden ser autorizadas por una ley o por disposiciones reglamentarias.

Los arts 3 a 5 contemplan las autorizaciones individuales. Para que estas autorizaciones se den, es necesario que el acuerdo o decisión, aun siendo restrictivo, contribuya a mejorar la producción o la comercialización de bienes y servicios, o a promover el progreso técnico o económico, siempre que:

–Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma adecuada de sus ventajas.

–No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos.

–No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto a una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

El tribunal de la defensa de la competencia es el organismo competente para otorgar las autorizaciones singulares. La autorización singular, que se concede por tiempo determinado y que puede ser renovada si persisten las circunstancias que las motivaron, podrá ser revocada.

Las autorizaciones podrán concederse no solo de forma individual, sino por categorías o clases de acuerdos o prácticas.

Control de las concentraciones económicas: Las empresas pueden concentrar sus medios materiales y humanos, esto se hace mediante operaciones de concentración de empresa, que pueden seguir 2 vías:

- Vía de la fusión de empresas que da como resultado la unificación de la misma
- Vía de la compra de participaciones de control que da como resultado la supervivencia de varias empresas distintas bajo un control único. Dado que esas concentraciones puedan dañar la competencia es necesario establecer mecanismos de control público de los mismos. El control público de estas concentraciones depende de la dimensión que tengan.

Existen 2 tipos de control para los 2 tipos de concentración:

1 Concentración de dimensión comunitaria: están regulados por un reglamento del año 2004, son controlados por la comisión europea y los empresarios que participan en esas operaciones deben notificarlo previamente a la Comisión Europea que evaluará si son compatibles o no con el Mercado Común, y decidirá si los autoriza o los prohíbe.

2 Concentraciones de dimensión nacional: son controladas por el servicio de defensa de la competencia, con un mecanismo semejante a las europeas.

La clasificación y la distinción entre las concentraciones de dimensión comunitaria y de dimensión nacional dependen de los efectos de esas concentraciones sobre el mercado, atendiendo al volumen de ventas, a la cuota de mercado que se concentra y al número de mercados afectados.

También existe un sistema de control de las participaciones empresariales simultáneas entre empresas que sean operadores ppales en determinados sectores.

Órganos encargados de la aplicación de la Ley:

La existencia de un interés público en la defensa de la libre competencia ha hecho preciso que la ley establezca una serie de órganos encargados de vigilar su aplicación:

- El más importante, ya citado, **el tribunal de defensa de la competencia**. Es un órgano jurisdiccional de naturaleza especial, pues sus resoluciones definitivas son recurrible en vía contencioso – administrativa.
- El **Servicio de defensa de la competencia** es un órgano administrativo, al que se le encomienda una labor de vigilancia, investigación e inspección en este campo, y cuyas funciones más importantes son la instrucción de los expedientes, la vigilancia de la ejecución y cumplimiento de las resoluciones del tribunal etc.
- Existe también el **Registro de defensa de la competencia**, que es público y en el que se inscribirán los acuerdos, decisiones y recomendaciones y prácticas que el tribunal haya autorizado, así como otros documentos. La publicidad de este registro se hace efectiva por medio de las consultas al mismo o por las certificaciones que éste expida.

Procedimiento previsto en la Ley: se distingue entre iniciación e instrucción del procedimiento, que corresponde al servicio de defensa de la competencia, y la resolución del expediente que corresponde al tribunal de defensa de la competencia. Una vez iniciado el expediente, el servicio podrá proponer al tribunal de la competencia las medidas cautelares necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que se dicte.

COMPETENCIA ILÍCITA O DESLEAL

- Planteamiento.

El ordenamiento jurídico sanciona los excesos en la agresividad de la competencia teniendo en cuenta no sólo la fuerza o la intensidad de la misma sino la utilización de ciertos métodos q se consideran desleales o incorrectos. Con su empleo se perjudica tanto a consumidores como competidores por lo q coexisten en la regulación la defensa de un interés público y el interés individual de los competidores perjudicados.

Conviene matizar q la defensa frente a ciertos actos de competencia desleal, q falsean de modo sensible la libre competencia y afectan en forma relevante al interés público, compete y está reservada al Tribunal de Defensa de la Competencia (art.7º de la L.D.C.). La defensa frente a los demás actos competencia desleal se confían por el Ordenamiento jurídico no a la propia admón. Pública, sino a los particulares para q defiendan sus propios intereses, mediante la jurisdicción civil, en tanto en cuanto se vean afectados o perjudicados por los actos de competencia desleal.

Para la corrección de estos actos de competencia desleal se tiende a la imposición de normas de actuación de forma correcta a los q participan en el mercado ofreciendo bienes o servicios, los operadores de mercado. Por ello se viene diciendo q los empresarios además de las obligaciones o deberes fundamentales profesionales tradicionales, tienen el deber de actuar correctamente en el mercado al ofrecer tales bienes o servicios.

- Derecho Español: antecedentes y situación actual.

1.La cláusula general prohibitiva.

La ley de competencia desleal utiliza una cláusula general para delimitar qué actos pueden ser considerados desleales (art.5) y posteriormente enuncia un conjunto de supuestos en los q se describen determinados actos de competencia desleal. Queda patente la falta de concreción de la ley.

La antigua ley de competencia desleal de 1988 definía como competencia desleal: todo acto de competencia q sea contrario a las normas y buenos usos mercantiles

La nueva ley se limita a afirmar q se reputa desleal todo comportamiento q resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe, resulta insuficiente. Con el fin de completar la ley se podría afirmar acto de competencia desleal todo comportamiento de una persona q opere en el mercado español, con la finalidad de difundir sus propias prestaciones o las de un tercero, siempre q dicho comportamiento resulte objetivamente contrario a las exigencias dela buena fe.

De estas visiones de la competencia desleal podemos extraer cuatro notas generales:

- La ley prohíbe los actos de competencia desleal con el fin de proteger a todos los q participan en el mercado. Destaca la relevancia de un interés colectivo capaz de integrar los intereses particulares de todos los sujetos participantes en el mercado, relevancia por tanto de los consumidores en el proceso competitivo.
- Los sujetos q operan en el mercado pueden ser empresarios o no, artesanos, agricultores, profesionales liberales etc.
- No se exige una relación de competencia entre el sujeto activo y pasivo del acto de competencia desleal, han de comprenderse no sólo los actos de un empresario contra otro con sus mismos productos sino tb los actos de las empresas en estadios distintos del proceso económico.
- La deslealtad del acto de competencia se valora teniendo en cuenta q el comportamiento del sujeto resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. Exigencia entendida como lo q se ha esperarse como buena conducta dentro de los q operan en el mercado.

2.Los supuestos específicos.

La cláusula general de competencia desleal contenida en la ley sirve como guía de manera q los tribunales gozan de cierta flexibilidad a efectos de incluir nuevos actos q vayan apareciendo en el mercado y cuya concreción, en este momento, no es posible. La ley realizó esta enumeración para dotar de mayor certeza al régimen sobre esta materia.

El principio general de la buena fe debe operar no sólo como criterio valorativo q contribuirá a construir otros tipos de competencia desleal sino tb para interpretar de forma correcta los supuestos de competencia desleal expresamente contemplados en estos preceptos.

*Actos q se dirigen contra un competidor determinado:

- Los de denigración consistentes en la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero q menoscaben su crédito en el mercado, salvo q sean exactas, ciertas y pertinentes.
- Los de comparación pública de la actividad, las prestaciones o el establecimiento propio o ajenos con los de un tercero , cuando esa comparación se refiera a extremos q no sean análogos, relevantes, ni comprobables.
- Los de imitación de las prestaciones e iniciativas de un tercero, cuando los consumidores puedan asociar tales actos a la prestación de ese tercero comporten un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno.
- Los de aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación adquirida por otro en el mercado.
- Los de violación de secretos industriales o empresariales de otra persona de forma ilícita.
- La inducción a trabajadores, proveedores y clientes a la infracción de un contrato cuando tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial o vayan acompañados de circunstancias varias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas.

*Actos contrarios al buen funcionamiento del mercado general.

- Los de confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos.
- Los q engañen o induzcan a error a las personas a la q se dirigen, con la difusión de indicaciones incorrectas o falsas.
- La entrega de obsequios con fines publicitarios y practicas comerciales análogas cuando pongan al consumidor en el compromiso de contratar la prestación principal.
- Los discriminatorios con los consumidores, sin causa justificada.
- Los realizados de forma sistemática de venta por debajo del precio de adquisición o de coste q induzcan a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos del mismo establecimiento y encaminados a eliminar a competidores del mercado.

3. Protección contra la competencia desleal. Acciones y procedimiento.

Estas son las distintas acciones q existen para combatir los actos de competencia desleal, actos q si tb pueden ser calificados de publicidad ilícita se pueden combatir a través del procedimiento previsto en la ley 34/1988, Ley General de la Publicidad.

El art. 18 de la Ley de Competencia Desleal enuncia las siguientes acciones:

- La acción declarativa de la deslealtad del acto, si la perturbación creada por el mismo subsiste, esta acción tiende a q se reconozca q el acto llevado a cabo es desleal y por consiguiente ilícito, acción q se acumula con otras previstas por la ley.
- La acción de cesación del acto, o de prohibición del mismo, si todavía no se ha puesto en practica. Esta acción tiene una importancia especial en cuanto pretende evitar q el acto de competencia desleal continúe llevándose a efecto, o incluso se prohíba su realización.

- La acción de remoción de los efectos producidos por el acto, el juez ordena las medidas necesarias para q una vez producido el acto se eliminen sus efectos, y devuelvan al perjudicado a su situación inicial.
- La acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas(puede considerarse como una modalidad de la actuación anterior, acción de remoción) puede ir dirigida a la rectificación de una información incorrecta o q una publicidad correctora remedie los efectos de una publicidad engañosa.
- La acción de enriquecimiento injusto, q la ley de forma equívoca quiere restringir, sólo procederá cuando el acto lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.

Estas acciones ofrecen una defensa eficaz contra los actos de competencia desleal y se completan con la posibilidad de q la persona legitimada solicite ante el juez medidas cautelares para cesar provisionalmente esos actos y sus efectos.

El legitimado es cualquier persona cuyos intereses económicos se vean perjudicados o amenazados por actos de competencia desleal, utilizando las acciones previstas en el art.18 de la Ley 34/1988. la acción de enriquecimiento injusto sólo puede ser ejercitada por el titular de la posición jurídica violada por el acto de competencia desleal. Las acciones podrán ser ejercitadas por asociaciones de consumidores o profesionales cuando sus intereses se vean perjudicados.

Estas acciones prescriben al año contado desde el momento en pudieron ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona q realizó el acto de competencia desleal. En todo caso por el transcurso de tres años desde la realización del acto de competencia desleal.

La publicidad ilícita.

- La publicidad comercial.

Los empresarios han utilizado la publicidad para captar clientes , exaltando la calidad de sus productos, difundiendo sus marcos rótulos, nombre comercial etc. Con el propósito de procurar o acrecentar la contratación de bienes o servicios, y constituye una actividad meramente privada y voluntaria q el empresario puede desarrollar o no a su libre arbitrio.

- La publicidad ilícita

1.concepto y supuestos.

La Ley General de Publicidad: la publicidad privada está regulada por esta ley de 1988 q sigue las directivas comunitarias, ley derogatoria de del anterior Estatuto de la Publicidad de 1964. La ley pone especial atención en la protección de consumidores, usuarios contra los efectos de cualquier publicidad ilícita estableciendo una serie de normas de carácter contractual adecuadas a las especiales características q presenta la contratación publicitaria en sí.

Se trata de una ley general dirigida a la publicidad dirigida a promover actividades o productos comerciales pero tb abarca la q se realice en el ejercicio de actividades artesanales, profesionales o simplemente particulares.

Los sujetos de la actividad publicitaria: la actividad publicitaria puede ser desarrollada directamente por aquellos empresarios cuyos productos se pretende promocionar pero normalmente se recurre a la colaboración de otras personas naturales o jurídicas especializadas en esa actividad.

La ley determina explicitando la condición de los sujetos participantes en las relaciones jurídicas de publicidad. El anunciante como persona en cuyo interés se realiza la publicidad, después define a los agentes

de publicidad las personas naturales o jurídicas q se dediquen profesionalmente y de forma organizada a crear, programar o ejecutar publicidad por cuenta del anunciante, por último tendrán consideración de medios de publicidad las personas naturales o jurídicas q de manera habitual y organizada se dediquen a la difusión de publicidad a través de soportes o medios de comunicación social cuya titularidad ostenta(art 10)

El ámbito de la publicidad se refiere a cualquier actividad q tenga por objeto difundir determinados hechos o situaciones ligadas a una empresa mercantil. La ley recorta el ámbito de la publicidad dejándola limitada a aquellas dirigida a promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes y servicios, incluidas los inmuebles, los derechos y las obligaciones. Cualquier actividad difusora q no persiga esa finalidad quedará fuera del ámbito legal.

La ley no formula de manera positiva el postulado de licitud, lo q hace es declarar ilícita la publicidad q no reúna determinadas condiciones (art.3), es ilícita:

- La publicidad q atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución.
- La publicidad engañosa.
- La publicidad desleal.
- La publicidad subliminal.
- La q infrinja lo dispuesto en la normativa q regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.

Publicidad engañosa es la q (art.6) de cualquier manera positiva induzca o pueda inducir a error a sus destinatarios, la q pueda perjudicar a un competidor, y la q silencie datos esenciales cuya omisión provoque una falsa impresión o suscite expectativas razonables q el anunciante o sus servicios no puedan satisfacer.

Publicidad desleal es la q sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles, la dirigida a ocasionar descrédito, denigración o menosprecio de una empresa, sus productos, o actividades, o induzca a confusión con los competidores o sus productos... y la publicidad comparativa q no se apoye en características esenciales objetivamente demostrables de los productos o servicios.

Publicidad subliminal es la mediante imágenes u otras técnicas, pueda provocar en el público destinatario percepciones sensoriales de las q no pueda tener conciencia, (art.7) Los productos o servicios q por ser susceptibles de generar riesgos para la salud o seguridad de las personas sólo pueden constituir objeto de publicidad previa autorización administrativa.

2.Acciones, procedimiento y sanciones

Es una materia especialmente descuidada por la ley. Las controversias derivadas d la publicidad ilícita quedan sometidas a la jurisdicción ordinaria(art 29), los procesos seguirán los trámites del juicio declarativo de menor cuantía, con determinadas peculiaridades inspiradas en directivas comunitarias.

La vigente ley introduce una novedad: la acción de cesación y de rectificación de la publicidad (art.25 y ss.) En el ejercicio de esta acción como trámite previo a la reclamación judicial, quedan facultados los órganos administrativos competentes, las asociaciones de consumidores y usuarios, las personas naturales jurídicas q resulten afectadas y, en general quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo para solicitar por escrito del propio anunciante la rectificación o cese de la publicidad ilícita y si éste en el plazo de 3 días, no accede a lo solicitado, su silencio o negativa deja abierto el paso a la pertinente reclamación judicial (art 27 y 28). En cuya tramitación el juez ordinario podrá acordar, con carácter cautelar, la cesación provisional de la publicidad (art 31) o imponerla en su caso con carácter definitivo en la sentencia.(art 32).

T.10 – EL Dº SOBRE LAS CREACIONES INDUSTRIALES

ASPECTOS GENERALES

El ordenamiento reconoce un dº de exclusiva a los titulares de creaciones industriales, y dado que ese dº es una excepción al ppio de libre competencia, sólo se justifica por intereses sociales poderosos.

TIPOS DE CREACIONES INDUSTRIALES

1) de fondo o invenciones: son las patentes de invención y los modelos de utilidad. Los primeros se distinguen de los descubrimientos científicos en que resultan inmediatamente aplicables para resolver un problema técnico. Se protegen mediante la ley 11/1986 de régimen jco de las petentes de invención y los modelos de utilidad.

Se protegen por su contribución al progreso económico en gral y para promover la competencia en la investigación tecnológica. Pero por esas mismas razones la protección es limitada en el tiempo, implica la carga de explotar las patentes y pagar tasas anuales

2) de forma u ornamentales: son los llamados diseños industriales, en forma de modelos o dibujos industriales que están protegidos por la ley 3/2003 de Protección jca del diseño industrial, y se protegen para fomentar la actividad creativa y el enriquecimiento de las formas estéticas en la industria.

PATENTES DE INVENCIÓN

• Concepto de patente.

Se entiende por patente, tanto el derecho que garantiza al inventor el disfrute exclusivo de los resultados industriales de su propia invención, como el título de propiedad industrial que a tal efecto se concede.

La patente ha de referirse necesariamente a un invento, si bien es esencia tener en cuenta que únicamente son patentables las invenciones nuevas que impliquen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial.

• Requisitos esenciales.

Son requisitos esenciales de la invención para que ésta sea patentable:

- Su aplicación industrial, que el invento sea susceptible de fabricación industrial
- Su novedad, entendiéndose por nueva la invención que lo es, respecto al estado de la técnica. Se considera que destruye la novedad de una invención no sólo el hecho de que exista una patente anterior sobre la misma invención, sino también la existencia de las solicitudes españolas publicadas de patentes o modelos de utilidad que recaigan sobre las mismas reglas técnicas, y cuya fecha de presentación sea anterior a la de la invención que se pretenda proteger.
- Que implique además, una actividad inventiva, que la invención no sólo tiene que ser nueva, sino que además, no debe deducirse fácilmente del conjunto de conocimientos técnicos ya existentes.

• Invenciones no patentables.

No podrán ser objeto de patenta las invenciones:

- cuya publicación o explotación sea contraria al orden público o a las buenas costumbres,
- las variedades vegetales, las razas animales y los procedimientos esencialmente biológicos de

- obtención de vegetales o animales,
- así como los métodos de tratamiento o diagnóstico del cuerpo humano o animal.

La ley no considera invenciones, y por tanto no podrán protegerse por medio de patentes :

- Los descubrimientos, teorías científicas o métodos matemáticos.
- Las obras literarias, artísticas o científicas.
- Los planes, reglas o métodos para el ejercicio de actividades intelectuales o económico – comerciales.
- Los programas de ordenador y las formas de presentar las informaciones.

• **Derecho a la patente.**

El derecho a la patente pertenece al inventor o a sus causahabientes. El inventor puede transferirla a un tercero a través de todos los métodos que reconocen los terceros.

Cuando se consigue la patente, nace el derecho absoluto a la explotación de la misma, que impide a los terceros que puedan perturbar a su titular esa explotación. Antes de la inscripción de la invención en la oficina de patentes y marcas, el derecho de monopolio no existía y la protección del invento antes de ser patentado deriva únicamente de las normas que protegen el secreto industrial.

El inventor tiene derecho a ser mencionado como tal, aun cuando él no llegue a ser titular de la patente. Ese derecho alude precisamente al llamado derecho a la paternidad del invento.

Iniciado el procedimiento ante la oficina de patentes y marcas, se presume que el solicitante está legitimado para ejercer el derecho a la patente. Pero puede suceder que ese solicitante no sea el titular legítimo del derecho a la patente por no ser el inventor o la persona a la que ha transmitido el derecho. En tal hipótesis, la ley protege al titular legítimo tanto en el caso de que la patente no haya sido aún concedida al solicitante, como en el supuesto de que ya se haya otorgado.

• **El derecho a las patentes en caso de invenciones laborales.**

Son las surgidas en el seno de una empresa por un trabajador de la misma. La ley distingue 3 clases de invenciones laborales:

- **Invenciones de servicio:** son las alcanzadas por el trabajador durante la vigencia de su contrato de trabajo. Las invenciones pertenecerán al empresario.
- **Invenciones mixtas:** aquellas realizadas por el trabajador no contratado para investigar. El empresario puede optar entre asumir la titularidad de la invención o reservarse un derecho de utilización de la misma, debiendo en ambos casos compensar económicamente al trabajador.
- **Invenciones libres:** aquellas en las que no concurre ninguna de las circunstancias antes descritas y en tal caso, su titularidad se atribuye al trabajador.

En los dos primeros casos, la ley impone al trabajador el deber genérico de comunicar por escrito al empresario los resultados obtenidos.

• **Procedimiento para la obtención de la patente.**

La ley dice que hay que presentar una solicitud que ha de contener la descripción del invento para el que se solicita la patente. Dicha descripción ha de ser lo suficientemente clara y completa para que un experto en la materia pueda ejecutarla. La solicitud de patente no podrá comprender más de una invención. En caso contrario, deberán ser divididas en tantas solicitudes como distintas invenciones contenga.

La ley ha establecido dos procedimientos, uno general y otro especial.

- Procedimiento general: la oficina de patentes examinará si la solicitud de patente reúne los requisitos formales establecidos por la ley. La oficina elaborará un informe sobre el estado de la técnica en donde se señalen los antecedentes que puedan afectar a la novedad y a la actividad de la invención. Este informe se hace público y transcurrido un plazo de tiempo, se concederá.
- Procedimiento especial: se siguen los trámites del general, pero a diferencia de éste, los terceros podrán oponerse a que la oficina conceda la patente alegando que falta cualquiera de los requisitos para esa concesión. Además la mayor diferencia es que en éste procedimiento, la oficina de patentes efectúa un examen previo de los requisitos esenciales y demás elementos necesarios.

- **Contenido del derecho a la patente.**

El titular de la patente tiene derecho al disfrute exclusivo del invento, que se manifiesta en la doble facultad de poder explotar la invención patentada e impedir que los terceros exploten, comercialicen o introduzcan en el país productos derivados de la patente sin su autorización.

Este derecho es de carácter patrimonial, y por tanto puede ser transmitido por todos los medios admitidos por el derecho. Se entiende como un límite a la libre competencia, ya que supone un monopolio sobre un bien determinado. Tiene una duración determinada y limitada en el tiempo, 20 años improrrogables y en el espacio al territorio español.

Interesa precisar que el derecho a la explotación de la patente se circunscribe a los ámbitos industrial y comercial. El titular de una patente no tiene derecho a impedir la explotación a quien con anterioridad y de buena fe estuviera explotando en España el objeto de la invención patentada.

Hay una protección provisional de la patente cuando esta se encuentre inmersa en el proceso de concesión. Una vez concedida la patente su titular asume la obligación de explotarla. Sin no hay explotación, se reducen o incluso eliminan, algunos de los efectos favorables que tienen las patentes para el desarrollo económico, industrial y tecnológico para la comunidad. La ley concede un plazo de 3 años para comenzar a explotarla. En caso contrario, el titular será sancionado mediante la concesión de licencias obligatorias a terceros interesados.

El titular debe pagar unas tasas anuales para el mantenimiento de la vida legal de la invención patentada. Una vez transcurridos los 20 años de plazo, la patente cae en dominio público, pudiendo ser explotada por cualquiera.

- **Transmisión de los derechos sobre la patente.**

Los derecho derivados de la patente pueden ser transmitidos por todos los medios reconocidos en el derecho. También pueden constituirse derechos reales sobre ella, como el usufructo y la hipoteca mobiliaria. En cuanto a las licencias, las cuales en lugar de las transmisión plena del derecho sobre la patente, se autoriza a un tercero a la explotación del objeto de la patente.

- Licencias de explotación.

En ellas intervienen el licenciatario y el licenciante. Clases:

- Licencias contractuales: serán otorgadas por el titular de la patente en el régimen y con los límites que las partes acuerden. Los titulares de las licencias no podrán cederlas a terceros ni conceder sublicencias. El contrato deberá costar por escrito y sólo surtirá efecto frente a terceros de buena fe. La patente puede ser objeto de licencia en su totalidad o respecto a alguna de las facultades que derive

del derecho de exclusiva.

- Licencias de pleno derecho: el titular por escrito y en la oficina de patentes declara que está dispuesto a autorizar la utilización de la invención a cualquier interesado (beneficios fiscales).
- Licencias obligatorias: se otorgan contra la voluntad del titular de la patente debido al interés público. Son las siguientes:
- Licencia por falta o insuficiencia de explotación de invención patentada.
- Licencia por necesidades de la exportación al no cubrir la explotación efectuada por el titular de la patente el mercado de exportación.
- Licencia por dependencia entre dos patentes que se produce cuando existe una patente anterior si cuya concurrencia no sería posible la explotación de la nueva invención.
- Licencia por razón de interés público, salud pública, interés nacional etc.

- **Otras modalidades de protección de las invenciones.**

- **Los modelos de utilidad.**

Junto a las patentes se reconocen en nuestro ordenamiento los modelos de utilidad, regulados en el Ley de Patentes. El modelo de utilidad es una modalidad a través de la cual se protegen invenciones que siendo nuevas, consisten en dar a un objeto una configuración, estructura o constitución de la que resulta alguna ventaja práctica apreciable para su uso o fabricación.

En ocasiones puede resultar difícil determinar cuando nos encontramos ante una creación de fondo o utilitaria y cuando ante una creación de forma y ornamental.

La diferencia básica radica en que mientras el modelo de utilidad es una auténtica invención, el modelo industrial tiene como característica su forma nueva, que no cumple ninguna función técnica y por tanto no implica ninguna invención. La diferenciación de los modelos de utilidad con relación a las patentes de invención es en muchos casos difícil.

También existen diferencias entre las patentes y los modelos de utilidad respecto a la actividad inventiva exigible. El menor grado de novedad y la inferior actividad inventiva exigidas conlleva que la protección conferida por el modelo de utilidad sea también menor, así su duración será de sólo diez años.

- **Las adicciones a la patente.**

La adición cubre una invención que perfecciona o mejora el invento principal. Tendrá la misma duración que la patente principal de la cual dependa, ahora bien, una adición podrá convertirse patente independiente cuando su titular renuncie a la patentes principal.

- **Los modelos y dibujos industriales y artísticos.**

Estos integran las denominadas creaciones de forma, que no pertenecen a la esfera de la técnica, como las invenciones, sino a la órbita del arte industrial o arte aplicado. Las creaciones de forma tienen por objeto no la utilidad, sino la forma estética y por ello podrían ser objeto en determinados casos de protección también a través de las normas de propiedad intelectual.

- El modelo industrial es una creación de forma que tienen tres dimensiones y que sirve como prototipo

e ejemplar para la fabricación de un producto.

- Por dibujo industrial se entiende toda disposición o conjunto de líneas o colores aplicables con un fin comercial.

Tanto uno como otro se conceden por la oficina de patentes y marcas sin previo examen de novedad ni de utilidad, pero con el llamamiento a los terceros para que puedan oponerse. Se conceden por diez años prorrogables por otros diez.

- Se entiende por modelos dibujos artísticos las reproducciones de obras de arte que se exploten con un fin industrial.

Gozan de la protección acumulada del derecho de autor y del derecho industrial

T.11 – PROTECCIÓN DE LOS SIGNOS DISTINTIVOS DE LA EMPRESA

MARCAS

Las marcas son los signos distintivos de las mercaderías y de los servicios. Individualizan los productos y los servicios indicando a los consumidores su procedencia empresarial, informándoles, al menos de forma indirecta, sobre sus características y calidad, desempeñando una valiosa función publicitaria.

Se entiende por marca todo signo o medio que sirve para distinguir en el mercado los productos o servicios de una persona, de los productos o servicios idénticos o similares de otra persona. El signo o medio que se adopte como marca puede ser:

- Denominativo: una palabra o combinaciones de palabras.
- Gráfico o emblemático: imágenes, figuras, símbolos y gráficos.
- Mixto: combinación de signos denominativos y gráficos.
- Tridimensionales: los envases.

La jurisprudencia ha puesto de manifiesto que se ha de situar, en primer lugar, la protección del consumidor norma, tratándole de evitar confusión en el momento de elegir el producto. Ocupando un segundo plano, también digno de amparo legal, la salvaguardia del derecho del titular inscrito impidiendo una competencia desleal (a virtud de la cual el tercero pueda aprovecharse del prestigio adquirido por otra marca).

La LM reconoce varias clases de marcas:

- Marca de producto y marca de servicio: según individualicen productos o servicios. Se conocen también como marcas tradicionales o principales.
- Marca derivada: es la que se solicita por el titular de otra marca anteriormente registrada para idénticos productos o servicios, en las que figure el mismo distintivo principal, con variaciones no sustanciales del mismo.
- Marca colectiva: sirve para diferenciar en el mercado los productos o servicios de una asociación.
- Marca de garantía: certifica las características comunes, en particular la calidad, los componentes y el origen de los productos o servicios.
- Marca notoria: es aquella que, aun cuando no esté registrada, es notoriamente conocida en España por los sectores interesados. El usuario de esta marca podrá solicitar de los tribunales la anulación de una marca registrada para productos idénticos o similares que pueda crear confusión con la marca notoria.
- **Condiciones de validez de la marca.**

No todo signo que tenga fuerza distintiva podrá ser válidamente inscrito en dicho registro. Para que esta

inscripción sea posible es preciso que el signo no se encuentre comprendido en alguna de las prohibiciones establecidas en la LM.

- **Prohibiciones absolutas.**

- Los nombres habituales o genéricos de los productos o servicios que pretenda distinguir.
- Los signos que describan o designen la naturaleza, calidad o cualquier otra característica de los productos o servicios.
- Los signos contrarios a la ley, orden público o a las buenas costumbres.
- Los signos engañosos.
- El color por sí sólo.
- Los que reproduzcan o imiten la denominación, el escudo, la bandera, las condecoraciones y otros emblemas de estados o CCAA...
- Los que reproduzcan o imiten los signos o punzones oficiales de contraste o garantía españoles o extranjeros.

- **Prohibiciones relativas.**

Son aquellos signos que pueden confundirse con otros ya registrados, o que puedan implicar un aprovechamiento indebido de nombre o reputaciones.

- Signos idénticos o semejantes a otros ya inscritos.
- El nombre, imagen o retrato, o cualquier otro elemento de identificación que no sean los del solicitante.
- Los signos o medios que supongan un aprovechamiento indebido de la reputación de otros signos o medios ya registrados.

- **Derecho sobre la marca.**

- Nacimiento del derecho sobre la marca.

El derecho surge de la inscripción en la Oficina de Patentes y Marcas, con lo que la inscripción registral tiene efectos constitutivos y no meramente declarativos. El registro de la marca confiere a su titular el derecho exclusivo de utilizarla en el tráfico económico. La ley reconoce protección a las marcas notorias, simplemente usadas y no inscritas en la oficina de patentes y marcas, cuyos titulares podrán reclamar ante los tribunales la anulación de una marca registrada.

- Contenido del derecho sobre la marca.

El derecho de exclusiva que otorga la marca, cuya protección se extiende a todo el territorio español, se descompone en una pluralidad de facultades a favor del titular de la marca. Así le permite a su titular:

- Usar la marca en exclusiva en el tráfico mercantil para sus productos y servicios en su correspondencia y documentación comercial y en la publicidad.
- Impedir que un tercero no autorizado use una marca.
- Oponerse a que se inscriba en la oficina de patentes y marcas un signo que sea confundible con el que ha registrado previamente como marca.
- Solicitar ante los tribunales la nulidad de otras marcas inscritas en dicha oficina con posterioridad a la suya.
- **Duración del derecho sobre la marca.**

La duración del derecho sobre la marca será de diez años contados desde la fecha del depósito de la solicitud y podrá renovarse indefinidamente por períodos ulteriores de diez años.

Para conservar el derecho de exclusiva sobre la marca su titular debe cumplir tres obligaciones:

- Pagar una cuota quinquenal.
- Renovar la marca cada 10 años.
- Usar la marca en el mercado.

El titular de la marca registrada deberá usarla en España de manera efectiva y real. Si no la utiliza en el plazo de 5 años la marca quedará incurso en una de las causas de caducidad.

• **Acciones de defensa del derecho sobre la marca.**

En materia penal, el titular de la marca podrá ejercer las acciones penales por falsificación y también las referentes a la infracción de los derechos de propiedad industrial.

En materia civil, el titular del derecho sobre la marca que vea lesionado su derecho podrá pedir:

- La cesación de los actos que violen su derecho.
- La indemnización de los daños y perjuicios sufridos.
- La adopción de las medidas necesarias para evitar que prosiga la violación.
- La publicación de la sentencia a costa del condenado mediante anuncios y notificaciones a las personas interesadas.

La indemnización de los daños y perjuicios comprenderá tanto el daño emergente como el lucro cesante. Las acciones civiles derivadas de la violación del derecho de marca prescriben a los 5 años.

• **Transmisión, cesión y licencia de marca.**

El derecho sobre la marca como bien inmaterial puede ser objeto de derechos reales y es transmisible. Tanto la marca como el registro de marca son bienes indivisibles.

Interés práctico ofrece la cesión del uso. Por el contrato de licencia el titular de la marca (licenciante) autoriza a un tercero (licenciataria) a usar la marca a cambio de la regalía (precio) pactada. Mientras que la transmisión de la marca supone la plena transmisión de la titularidad del derecho sobre la marca.

La licencia es una simple autorización de uso del titular de la marca a un tercero. Licencia que puede ser de distintas clases:

- Para la totalidad o para una parte de los productos o servicios para los cuales la marca esté registrada.
- Para la totalidad o una parte del territorio español.
- Exclusiva, de forma que sólo el licenciataria podrá usar la marca, o no exclusiva.

• **Denominaciones geográficas.**

Hay 2 tipos:

1)Indicaciones de procedencia: consisten en la descripción de 1 pto geográfico como lugar de fabricación, elaboración o extracción de 1 producto. La legis pretende proteger a los consumidores garantizando la veracidad de las indicaciones de procedencia, por eso la Ley de Marcas prohíbe las indicaciones de producto falsas o engañosas.

2)Denominación de origen: consisten en la denominación de 1 nombre geográfico de una región, comarca o

lugar para designar un producto típico de la zona, de tal manera que presentan 3 características:

- es una denominación geográfica
- identifican un producto típico de la zona
- ese producto típico reúne una serie de cualidades o características

Se pretende proteger además de a los consumidores, a los empresarios de la zona y a la propia región

NOMBRE COMERCIAL

Es el signo que sirve para identificar la empresa y distinguirlo de otras empresas que desarrollan actividades idénticas o similares en el mercado.

Históricamente ha estado vinculado a las sociedades mercantiles, que empezaron utilizando los nombres de sus socios para ir objetivando su denominación o referencia a sus actividades (de ahí viene la denominación S.A.).

Rige el ppio de libertad en la elección del signo del signo que puede servir de nombre comercial y así se pueden usar nombres, denominaciones de fantasía, anagramas, logos, etc. El dº a usar un nombre comercial en exclusiva nace con su registro en la Oficina de Patentes y Marcas, con un procedimiento semejante al del registro de las marcas y sin que se pueda aplicar a productos o servicios sin registrarlo como marca.

Al nombre se le aplican las normas de las marcas en la medida en que sean compatibles. El nombre comercial puede ser transmitido a terceros de forma autónoma y con independencia de que se transmita la empresa.

RÓTULO DEL ESTABLECIMIENTO

Es el signo distintivo que permite identificar el establecimiento o negocio de un empresario y distinguirlo de otros establecimientos en los que se desarrollen actividades idénticas o similares.

El régimen de protección del rótulo ha pasado por 2 fases recientes:

- La Ley Marcas 1988 establecía un régimen similar a las marcas
- La Ley Marcas 2001 no contempla el rótulo como signo distintivo más que en disposiciones transitorias, por lo que hoy en día la protección de la clientela vinculada a un establecimiento se realiza sobre la base fundamental de la Ley de Competencia Desleal.

T. 12 – EL NEGOCIO DEL EMPRESARIO COMO MANIFESTACIÓN OBJETIVA DE LA EMPRESA

1 – NOCIÓN Y NATURALEZA DEL NEGOCIO

Noción: El término empresa tiene varias acepciones (t.4), fundamentalmente tres:

–Subjetiva, la empresa como empresario

–Funcional, la empresa como actividad económica o empresarial

–Objetiva, la empresa como negocio o conjunto de bienes organizado y dinámico

Para referirse a la empresa en sentido objetivo, el ordenamiento utiliza una terminología multívoca, por tanto imprecisa, y así habla de empresa, explotación o establecimiento el CC, y también hablan de almacén o tienda

el C. De Comercio, o de establecimiento comercial tanto la LSA como la Ley Comercio Minorista. De todas estas denominaciones cabe deducir que en unos casos se refieren al negocio del empresario como conjunto complejo de bienes materiales e inmateriales, mientras otras veces aluden a los locales donde se ejerce la actividad empresarial.

El negocio es un conjunto de bienes que tiene 3 características fundamentales:

- 1) Es un conjunto complejo xq lo integran bienes materiales (mercancías o materias primas) y bienes inmateriales (dchos exclusiva sobre patentes o marcas).
- 2) Es un conjunto organizado y ese valor de organización es lo que en ocasiones se llama fondo de comercio que tiene un valor patrimonial y que se refleja en el activo del balance cuando el empresario adquiere a título oneroso.
- 3) Es un conjunto finalista xq es a la vez instrumento y resultado de la actividad empresarial
- 4) Es dinámico x su propia cap. Productiva

Nat. Jca.: Hay 2 grandes Tª sobre el negocio del empresario:

- 1ª) Tª Atomista, que considera que no existe una unidad sino un conjunto disgregado de bienes
- 2ª) Tª Unitaria, que considera que sí existe una unidad xq así lo demuestra la voluntad de las partes cuando celebran deter contratos que tienen por objeto el negocio.

Rég. Jco.: No existe una regulación gral sobre el negocio del empresario y sobre su transmisibilidad. Sí existen regulaciones sectoriales que contemplan el negocio como objeto del tráfico jco, y así x eje la LSA admite que se aporte a una S.A. un establecimiento mercantil. La juris sí admite la existencia de un negocio que puede ser vendido, comprado o arrendado. La autonomía de la voluntad de las partes en el tráfico empresarial sí construye contratos que tienen por objeto negocios.

2 – EL NEGOCIO COMO OBJETO DE TRÁFICO JCO.

- 1º) En la práctica, los sujetos o particulares celebran contratos sobre los negocios como una unidad
- 2º) El sujeto que adquiere un negocio se convierte en empresario y quien lo vende deja de ser empresario
- 3º) El sujeto que adquiere un negocio va a desarrollar su actividad empresarial condicionado por la organización del negocio que ha adquirido sin perjuicio de que pueda alterarla.

3 – VENTA DEL NEGOCIO

Objeto:

- 1º) es el negocio en su conjunto integrado por los elementos materiales o inmateriales que le son esenciales y característicos.
- 2º) Aplicando la tª del título y el modo (609 CC) cabe decir que la venta del negocio tiene 1 título único que es la adquisición del negocio del empresario, pero tiene modos de transmisión múltiples que se adecuan a cada tipo de bien incluido en el negocio.
- 3º) La venta es compatible con que se excluyan elementos no esenciales y con que el precio global se obtenga

mediante la suma de los precios o valoraciones de sus distintos elementos.

Obligación de entrega: las características del objeto vendido (negocio) determinan particularidades muy importantes en la obli de entrega del vendedor, de tal manera que:

1º) como es un objeto dinámico, el vendedor tiene que entregar una empresa en funcionamiento o por lo menos apta para funcionar

2º) como es un objeto complejo, la obli de entrega se ve acompañada de un inventario de bienes

3º) como es un objeto organizado, el vendedor tiene 2 tipos de oblis informativas adicionales: por un lado informar al comprador de la lista de clientes, proveedores, del funcionamiento de patentes, y en general los procedimientos; y el 2º lugar la obli de comunicar a la clientela y a los proveedores la venta del negocio

4º) como es un objeto productivo el vendedor debe abstenerse de hacer competencia al comprador, la abstención tiene límites geográficos, funcionales y temporales.

4 – HIPOTECA SOBRE EL ESTABLECIMIENTO MERCANTIL

La hipoteca de establecimiento mercantil es la que sólo corresponde a algunos elementos de la empresa, pero no a todos. No hay gravamen sobre toda la empresa, sino sobre algunos de sus elementos. La hipoteca de empresa comprende:

- Local.
- Instalaciones fijas de la empresa.

Si pertenecen al titular de ella se extiende la nombre comercial, rótulo y a los demás derechos de propiedad industrial, a las máquinas, mobiliario etc.

Por tanto, no existe hipoteca de empresa sino de algunos elementos de la empresa.

Para su constitución se exige:

- 1.-La forma de escritura pública, en la que se describa la deuda garantizada y los bienes sobre los que recae la hipoteca y su titular.
- 2.- Inscripción en el Registro creado por la Ley, al tiempo que deja la explotación del establecimiento mercantil al deudor hipotecante.

5 – ARRENDAMIENTO DEL NEGOCIO

Noción: El arrendamiento constituye una forma temporal y limitada de transmisión, por la cual, su titular cede el uso o explotación de la empresa a persona distinta de su titular, pero por tiempo determinado y precio cierto.

El arrendamiento es compatible con la sustitución de alguno de sus elementos (mercancías y materias primas) ya que al arrendatario se le reconoce poder de disposición. Produce como efectos secundarios que el arrendador deja de ser empresario y el arrendatario adquiere esa condición.

Régimen: la juris del TS distingue claramente el arrendamiento de local de negocio que sólo se refiere al inmueble, del arrendamiento de negocio o industria que se refiere al inmueble + los restantes elementos del negocio empresa.

Oblis de las partes:

–**arrendador:** además de las generales tiene 3 específicas:

1º entrega del negocio, que comporta la transferencia de contratos, créditos y deudas, y que exige la delimitación del negocio mediante inventario

2º garantizar el uso pacífico del negocio por el arrendatario, lo que comporta una abstención de competencia

3º realizar las reparaciones que debe entenderse referida a las extraordinarias xq las ordinarias debe asumirlas el arrendatario

–**arrendatario:** las oblis normales del pago del precio y uso del negocio sin modificaciones esenciales con el dº a ser indemnizado de las mejoras necesarias que halla introducido.

Cesión del contrato: el arrendatario en ppio tiene dº a subarrendar el negocio o ceder el arrendamiento con la consiguiente elevación de la renta. No se considera cesión los casos de cambio de arrendatario x transformación, fusión o escisión de sociedades mercantiles.

Extinción: se extingue por:

1º cumplimiento del plazo pactado

2º destrucción del negocio o incapacidad productiva del mismo (x eje si se revoca 1 autorización admva necesaria para el negocio)

3º por concurso del arrendatario cuando se halla entrado en fase de liquidación, pero no con anterioridad si el arrendatario concursado puede seguir pagando la renta

4º por fallecimiento del arrendatario teniendo en cuenta que el heredero tendrá la facultad de subrogarse.

Devolución: el arrendatario debe devolver el negocio una vez extinguido, entendiéndose que esta obli tiene x objeto el negocio en su conjunto con un valor semejante al que tenía en el momento de la entrega, xq se habrán producido sustituciones de bienes durante la vigencia del contrato y, por lo tanto, el arrendatario tendrá la obli de indemnizar al arrendador por los deterioros del negocio, salvo fuerza mayor, y tendrá el dº a ser indemnizado por las mejoras que halla introducido.

6 – USUFRUCTO DEL NEGOCIO

Como la empresa no es una cosa susceptible de soportar unitariamente derechos reales, el usufructo de empresa será el único en un momento constitutivo y se descompondrá en tantas relaciones de usufructo cuantas cosas o bienes compongan la empresa. El usufructo de empresa puede ser:

- Legal.
- Convencional.

A falta de pacto expreso de usufructo, se concede al usufructuario el derecho de explotar pos sí mismo la empresa que lo soporte, por lo que adquirirá la condición de empresario o comerciante. Del tenor literal del artículo 480 CC parece que el usufructuario posee la explotación personal de la empresa porque al usufructuario corresponde la explotación y gestión del bien usufructuado.

SEGUNDA PARTE

T. 14 – LOS EMPRESARIOS SOCIALES

CAUSAS DE LA DIFUSIÓN CRECIENTE DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES

- La necesidad de unir medios materiales y humanos para abordar empresas de dimensiones importantes.
- La acumulación de capitales y la difusión de la posición de los socios mediante acciones o participaciones que pueden repartirse entre un público amplio.
- Separación del patrimonio mercantil o empresarial respecto del patrimonio familiar o privado a los efectos de la responsabilidad frente a terceros, creando una sociedad que goza de personalidad jca y de un patri propio distinto y separado con + o – intensidad según el tipo social de los patris personales de los socios.
- Facilitar la transmisión del negocio mediante la transmisión de las acciones o participaciones de la sociedad titular de dicho negocio
- Especialización y afectación de patris o actividades diversas
- Motivos fiscales, para permitir una tributación sobre beneficios de un 35% frente a un tipo que puede llegar a un 48% por el IRPF.

Concepto de sociedad

La sociedad parte de un contrato que tiene características específicas, ppalmente ser un contrato plurilateral y ser un contrato de organización. Respecto a lo 1º (plurilateral) existe una excepción legal en el caso de las sociedades unipersonales que pueden ser S.A.U. o S.L.U., y que nacen de un negocio jco unilateral. Respecto a lo 2º (organización) hay que decir que el contrato de sociedad crea un ente que goza de personalidad jca y que va a tener 1 patri propio independiente del de sus socios.

CONCEPTOS DE SOCIEDAD

Restringido: es el que se reoge en los Códigos (CC, Cco) x lo tanto es tradicional, que caracteriza el contrato de sociedad x ser plurilateral, abierto a la incorporación o baja de los socios, x identificar a los socios como aportaciones de recursos y x considerar que el ánimo de lucro o beneficio es esencial.

Amplio: considera que es un asociación de personas que adopta una organización típicamente prevista en el ordenamiento y que el ánimo de lucro o beneficio es normal pero no esencial, desde el momento en que existen sociedades mercantiles que no tienen ánimo de lucro x sí mismas. X eje una agrupación de interés económico persigue una finalidad instrumental para sus socios, o x eje pueden crearse S.A. o S.L. con 1 objeto social consistente en cualquier actividad lícita sin que sea necesariamente lucrativa.

Criterio de distinción

No aparece suficientemente claro en el dº positivo, pero podemos considerar que son mercantiles:

1º) Las socs que hayan adoptado una de las formas previstas x el Cco o x las leyes especiales, para algunos tipos de estas socs la inscripción en el Reg. Merc. tiene eficacia constitutiva.

2º) Las socs que no habiéndose inscrito en el Reg Merc ejerciten una actividad empresarial

Distinción entre socs de personas y de capitales.

Dentro de las socs mercantiles hay que distinguir entre las socs de personas y de capitales (personalistas y capitalistas)

Socs de personas: en ellas el nombre de los socios colectivos sirve para la formación de su rz social. Además, los propios socios o al menos una parte de ellos son los que, en gral, llevan directamente la gestión social y responden del pago de las deudas de la soc, cuando el patri social sea insuficiente (S. Colectiva).

Socs de capitales: en ellas lo relevante de los socios es, x regla gral, que aporten los medios financieros necesarios para constituir el capital preciso para el desarrollo del objeto social (S.R.L., S.A.).

Tipos de sociedades

Determinación de los tipos x la ley: el contrato de sociedad tiende a la creación de una organización de personas que constituye la base del ente social. Los tipos sociales se diferencian tanto en un aspecto funcional, es decir, con relación a las actividades económicas y a las clases de empresas para las que pueden servir unos tipos u otros, como en su aspecto estructural, en lo que se refiere a la forma en que se organiza x el ordenamiento jco cada tipo social. El Cco recogió 3 tipos sociales: la soc colectiva, la comanditaria y la SA.

Notas características de los distintos tipos:

Soc colectiva: es la soc mercantil tradicional y se caract xq los socios, que intervienen directamente en la gestión social, responden personalmente de las deudas sociales – respon ilimitada y solidaria

Soc comanditaria simple: tiene unos socios colectivos y otros comanditarios que no intervienen en la gestión social y no responden con más de los que se comprometieron a aportar a la soc – respon limitada

S.A.: su capital no puede ser inferior a una deter cifra (10 mill ptas), está dividido en acciones, lo que facilita en ppio la movilidad de los socios que no responden del cumplimiento de las deudas sociales, de las que es responsable sólo el patri social.

S.R.L.: su régimen está formado en buena parte x normas dispositivas y los socios no responden de las deudas sociales. Puede constituirse con un capital de 500.000 ptas, y éste capital está dividido en participaciones cuya transmisibilidad está limitada.

Soc en comandita x acciones: es una soc de capitales con un rég similar al de la SA. Su particularidad radica en que uno o varios accionistas tendrán la consideración de socios colectivos que están encargados de la admón. de la sociedad y responderán de las deudas sociales.

Las caract de cada tipo social pueden variar.

Socs atípicas y evolución hacia nuevos tipos sociales

Algunas sociedades se llaman atípicas en el sentido de no ajustarse a ninguno de los tipos previstos x las leyes, y normalmente se crean x las necesidades del tráfico, de tal manera que dentro de un mismo tipo social aparecen subtipos que dan lugar a modalidades muy diversas. Estas modalidades que se crean surgen bien x la voluntad de las partes o con intervención del propio legislador.

El problema de las socs cooperativas

La vigente Ley 27/1999 de cooperativas, las considera como una modalidad de sociedad, que califica de personas, y se estima consustancial con su naturaleza su carácter empresarial, cuyo régimen se ha modificado al adaptarlo al Dº de sociedades.

Sociedad e instituciones afines

Sociedad mercantil y asociación

La asociación, como la sociedad, crea una organización, pero puede indicarse que mientras en la sociedad se busca un fin común para los socios, los cuales aparecen vinculados x él a la propia sociedad, en la asociación se produce una escisión entre el interés promovido x ella y el de los socios, debiendo buscarse la línea divisoria entre la sociedad y la asociación en determinados elementos constitutivos de ésta (asociación) como su organización corporativa, su duración indeterminada, la mayor movilidad del asociado, etc.

Sociedad y comunidad de empresa

¿Se puede constituir una comunidad o copropiedad sobre un negocio o empresa y pueden los copropietarios o partícipes ejercitar la actividad empresarial?

La cuestión se centra en el supuesto de que los copropietarios quieran adquirir la condición de empresarios. El negocio empresarial no es una cosa común del que pueda gozarse de una forma estática conforme a las normas de la comunidad, sino que constituye un conjunto de bienes que sirven como medio para el ejercicio de una actividad económica para el desarrollo del objeto social. De ahí que aunque la comunidad haya nacido de un acuerdo entre los propietarios, su evolución será hacia un contrato de sociedad.

Respecto a la primera parte de la cuestión, de si se puede constituir una comunidad o copropiedad, sí puede haber un negocio del que sean titulares varias personas, que lo exploten. Normalmente esto ocurre cuando varias personas heredan un negocio.

T.16 – LA SOCIEDAD COLECTIVA

CONSTITUCIÓN

Hay q formalizarla en escritura pública e inscribirse en el Reg Merc y así estaremos ante una soc regular colectiva y con personalidad jca. El Cco y el RRM enumeran las indicaciones q se deben expresar en la escritura pública de constitución, q sirven para q los socios fundadores de la soc al tiempo q delimitan su identidad y su participación en el capital social, precisen los elementos de la soc y demás pactos lícitos q pueden completar el régimen de la soc.

Elementos de la soc q se deben indicar: * rz social

* domicilio

* objeto

* fecha de comienzo de las operaciones

* duración de la soc

* capital

* admón. social

Modificación de la escritura social

La modificación de los términos contenidos en la escritura social debe realizarse, en ppio, con el

consentimiento de todos los socios, pero parte de la doctrina entendía q era válida la cláusula contenida en la escritura social en virtud de la cual el contrato social podía modificarse x acuerdo mayoritario.

Razón social o firma

Se rige x normas rígidas. Como signo distintivo de la misma y como medio de identificación de quienes son sus miembros, el Código señala q la firma de la soc estará formada x el nombre de los socios o de alguno de ellos, debiendo añadir en este supuesto la expresión y compañía.

Tb rige el ppio de veracidad del nombre colectivo, según el cual:

- Se prohíbe q pueda incluirse en la firma social el nombre de cualquier persona q no pertenezca de presente a la compañía
- Si se incluye el nombre de una persona q no es socio, responde solidariamente x las deudas de la soc, sin q llegue a obtener la consideración de socio.

Relaciones jcas internas en la soc colectiva

A) la obli de aportación de los socios: los socios se obligan a poner en común bienes, industria o alguna de estas cosas en la forma establecida en la escritura, como medios necesarios para obtener el fin social.

B) la admón. de la sociedad: en este tipo de soc existe la posibilidad de participación de todos los socios en la gestión social. Sin embargo, en la escritura social puede pactarse el régimen + conveniente en cuanto a la admón.. El R. Reg. Merc. dice q figurarán en la escritura los socios a quienes se encomiende la admón. y representación de la soc.

Designación y revocación de los administradores: hay q distinguir cuando hay pacto expreso en los estatutos de admón. privativa y cuando no hay pacto.

1) Cuando existe pacto, es decir, cuando existe algún administrador estatutario, su nombramiento es irrevocable pero si administrara mal, los demás socios pueden nombrar de entre ellos a 1 coadministrador q intervenga sus operaciones o pedir la rescisión judicial del contrato. Esto tb se aplica cuando son varios los administradores.

2) Cuando no existe pacto, se entiende q llevan la admón. todos los socios, salvo q éstos acuerden q la lleve uno o algunos de ellos.

La admón. puede conferirse a personas q no sean socias cuando lo admita expresamente la escritura y tb mediante la delegación de funciones q le corresponden a 1 socio si existe el consentimiento de todos los demás.

Ejercicio de la actividad gestora: la libertad de pactos hace q las posibilidades sean muy variadas. Dentro de ellas distinguimos 2 supuestos:

1) Cuando la admón. no se hubiere limitado a alguno de los socios, todos tendrán la facultad de concurrir a la dirección y manejo de los negocios sociales. En este caso, los socios presentes se pondrán de acuerdo para todo contrato q interese a la soc.

Esta facultad del socio se ve limitada x una norma fundamental: contra la voluntad de uno de los socios admore q expresamente la manifieste, no deberá contraerse ninguna obli nueva.! Sólo tiene efectos internos ya q el contrato es válido frente a 3os, si bien responden los socios q lo han hecho de los posibles daños a la soc.

2) Si se ha limitado en la escritura social la admón. a alguno de los socios habrá de estarse a lo dispuesto en ella. Cuando hay socios encargados en especial de la gestión, los demás no pueden contrariar ni entorpecer su actuación.

Actuación de los admores: si los admores son más de 1 habrá de saberse si han de actuar conjunta o separadamente. Esto puede estar resuelto en la escritura social, y puede pensarse q en la admón. conjunta de + de 2 socios éstos pueden actuar de forma colegiada mediante la adopción de acuerdos por la mayoría.

Si la escritura no dice nada hay q estar al ppio de la admón conjunta q dice q contra la voluntad de uno de los socios admores q expresamente lo manifieste no deberá contraerse ninguna obli nueva.

Relación jca entre el admor y la soc: esta relación es orgánica y ha de desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado empresario. Responde x culpa + malicia, abuso de facultades o negligencia grave, y debe indemnizar a la soc x los daños q ésta sufra x sus actos. La acción contra los admores han de ejercitarla los demás socios. Gralmente es un cargo retribuido, y las cantidades que, en su caso, se asignan anualmente a cada admor para sus gastos particulares deben constar en la escritura.

Dº de información de los socios: los socios tienen dº a examinar el estado de la admón. y la contabilidad. Tb el socio podrá pedir al Juez q ordene le pongan de manifiesto los libros y docs de la soc q quiera examinar.

C) Limitaciones a los socios para el ejercicio por cuenta propia de una actividad mercantil: El socio tienen el deber de fidelidad hacia la sociedad, x lo q el Código establece una limitación para el ejercicio de una actividad mercantil x cuenta propia. Normas:

1º) Si es 1 socio industrial (sólo aporta trabajo) no puede hacerlo salvo si la soc lo permite expresamente. ! Limitación + amplia

2º) Si la soc no tiene 1 objeto social determinado, los demás socios colectivos tampoco pueden hacerlo sin el consentimiento expreso o tácito de la soc, q no puede negarlo sin acreditar q de ello le resulta un perjuicio efectivo y manifiesto.

3º) Los socios q no sean industriales pueden hacerlo salvo q haya pacto social en contrario, incluso pueden hacer la competencia a la soc si expresamente se conviene x todos los socios.

D) Participación en los resultados: el Código presupone la constitución de un fondo (patrimonio social distinto al de los socios) del q es titular la soc como persona jca. El importe de este fondo lo constituye las aportaciones q hacen los socios, y dicho importe constituye el capital social.

En el supuesto en el q los socios colectivos sean sociedades, las cuotas anuales se rigen x la Ley Socs. Anónimas. En cualquier caso, las cuentas anuales han de ser firmadas x todos los socios colectivos. Los socios participan en la forma establecida en la escritura social. No se puede excluir a algún socio de la participación, con la excepción de q se puede excluir al socio industrial se las pérdidas x pacto expreso.

Respecto a los beneficios: si no se ha establecido otra cosa, se hará en proporción al valor relativo de la aportación de bienes de cada socio. Esta participación suele ser anual.

Respecto a las pérdidas: se imputarán entre los socios capitalistas en la misma proporción q las ganancias, y el socio industrial no participará en ellas salvo pacto en contrario.

Relaciones jcas externas en la soc colectiva

A) Representación de la soc: Sólo representan a la soc aquellos socios q hayan sido autorizados para usar la

firma social. Es una representación orgánica y no voluntaria.

Hay vinculación de la soc y de los socios cuando se ha contraído una obli bajo la firma de la compañía y x persona autorizada para usarla. Los socios no autorizados debidamente no obligarán con sus actos y contratos a la compañía, aunque los hagan en nombre de ésta y bajo su firma. Responden en éstos casos los socios colectivos q lo hayan hecho sin autorización.

El ámbito del poder de representación ha de estimarse ilimitado xq vincula a la soc aunque no entre dentro del ámbito del objeto social. Es irrevocable si aparece en la escritura social.

B) Responsabilidad por las deudas sociales: Responden la soc y tb todos los socios. Esta obli de los socios no puede suprimirse o mitigarse x medio de 1 pacto escriturario. Pero se admiten cláusulas q agraven la responsabilidad y las q tengan un carácter puramente interno entre los socios.

La responsabilidad afecta a todos los socios q formen parte de la cía colectiva, tb los industriales, y esta respon se extiende tanto al ámbito contractual como al extracontractual.

Caract. de la responsabilidad:

- Es personal e ilimitada (responden con todos sus bienes)
- Es subsidiaria, 1º hay q haber hecho excusión del haber social
- Los socios están obligados solidariamente; esta solidaridad se produce en las relaciones de los socios entre sí

T.18 – CARACTERES DE LA S.A.

Significación económica

La SA ha tenido un gran éxito como lo demuestra la entidad eco de las empresas con esta forma social (x eje todas las del IBEX), fundamentalmente x 2 causas:

- facilidad de inversión q supone la división de su capital en acciones q suelen tener un valor nominal reducido
- xq sus socios gozan de una respon limitada, xq en ningún caso responden con su patri personal de las deudas sociales

Regulación

Está contenida en el texto refundido de la LSA ´89 q ha adaptado nuestra regulación a las directivas comunitarias y ha sido reformada en 1995, 1998, 1999, 2002 y 2003, mediante una serie de reformas entre las q cabe destacar la regulación de la SA cotizada como un subtipo de la SA.

Noción

Se obtiene a partir de 5 caract ppales:

- Requisito de un capital social mínimo de 60101€ (10 mill)
- División de ese capital social en partes alícuotas transmisibles en régimen de mercado
- Autonomía patrimonial plena en el sentido de q es el patri de la SA el q responde de las deudas sociales sin q se produzca una comunicación de responsabilidades a los patrimonios personales, excepto en circunstancias excepcionales como la del levantamiento del velo de la persona jca o infracapitalización
- Organización corporativa sobre la base de un órgano q es la Junta Gral y un órgano de admón. configurado

x regla gral como consejo de admón.

- Eficacia constitutiva o esencial de la inscripción de la SA en el Reg Merc de forma q sin ella no puede hablarse en ningún caso de SA

Polivalencia funcional

1º) SA especiales: en el sentido de q existen regulaciones específicas de SA especialmente cuando actúan como intermediarios en el mercado financiero, x eje bancos, empresas de serv de inversión, SA de seguros, socs gestoras de fondos de inversión, socs, gestoras de fondos de pensiones. En estos casos se aplicará 1º la regulación específica de esos tipos sociales q establecen, x eje, las leyes bancarias, y en 2º lugar de forma supletoria las normas grales de la LSA x cuanto son SA

2º) Subtipos de SA: 4 fundamentales:

1º) SA unipersonal (SAU): la constituida x un solo socio (unipersonalidad originaria) o es aquella en la q se produce una concentración de todas las acciones en una sola mano (unipersonalidad sobrevenida)

2º) SA cerrada: se carac x tener un nº escaso de socios, x tener importancia la personalidad de esos socios y x existir una correlación entre la propiedad del capital y la gestión de la compañía

3º) SA abierta: se carac x tener muchos socios, x ser indiferentes sus carac personales y x haber una disociación entre propiedad del capital y gestión de la compañía, teniendo en cuenta la frecuente dispersión del accionariado. Este tipo admite 2 variaciones:

- SA abierta cotizada en bolsa q tiene un estatuto jco especial
- SA abierta no cotizada en bolsa

4º) SA europea: regulada x un reglamento comunitario de 2001 q ha entrado en vigor en octubre 2004 y q tiene un estatuto comunitario supraestatal.

El capital social de la SA

Cabe distinguir:

El capital nominal, q es la cifra en euros q figura como capital de la SA en sus estatutos y se refleja en el pasivo del balance. Es una cifra estable q sólo varía si se produce un aumento o una reducción del capital cumpliendo los requisitos formales q exige la LSA y el RRM.

El capital real o efectivo, para referirse al patrimonio neto de la soc q es = a sus bienes – sus deudas, y q varía en tiempo real en función de la marcha del negocio.

Capital = capital nominal

Patrimonio = capital real o efectivo ! en clase

Principios q dominan el régimen del capital social

1) De determinación, q implica la exigencia de q en los estatutos aparezca precisado en todo momento el importe del capital social, de manera q sólo puede ser alterada esa cifra mediante una modificación estatutaria.

2) De suscripción plena y desembolso mínimo, q significan q la totalidad de las acciones q integran el capital social estén suscritas por los socios en el momento de la fundación de la soc y desembolsado al menos en una

cuarta parte. Suscripción plena y desembolso mínimo del 25% q han de referirse a cada una de las acciones q integran el capital social.

3) De correspondencia efectiva, en el sentido de q a la cifra formal del capital ha de corresponder una efectiva aportación patrimonial.

4) De capital mínimo, punto del q tratamos a continuación.

B) Capital mínimo

El capital social no podía ser inferior a 60.101,21 € (10 millones de ptas.)

El capital social sirve de medio para la constitución de un patrimonio empresarial y también para la defensa de ese patrimonio en beneficio de los acreedores sociales, cuya única garantía se encuentra, en principio, en él, por la exclusión de la responsabilidad personal de los socios de las deudas de la sociedad. Tb sirve para disuadir a los titulares de pequeñas empresas de elegir la forma de S.A. e impulsarles hacia otro tipo social, en particular el de S.R.L., cuyo capital mínimo está fijado en 3.005,06 € (500.000 ptas.).

El capital mínimo exigido debe existir en el momento de la fundación, pero tb durante toda la vida de la soc. Cuando la soc está obligada a reducir el capital social en determinados supuestos, no es posible tal reducción si con ella se llega a la cifra del capital mínimo, además, una de las causas de disolución de la soc es la reducción del capital social por debajo del capital mínimo.

C) Correspondencia entre el capital y el patrimonio social

Como en la S.A. y tb en la S.R.L. los socios no responden de las deudas de la soc, sino q se hace frente al pago de las deudas con los bienes q forman parte del patrimonio social, debe existir una correspondencia real o efectiva del capital estatutario con los elementos patrimoniales.

El patrimonio de la soc está formado por un conjunto de bienes, q aparecen en el activo del balance, y de deudas q forman parte de su pasivo. El valor de la diferencia entre ellos constituye lo q podemos llamar el patrimonio neto contable de la soc o capital real de la soc. Cuando se constituye la sociedad, el valor del capital nominal y del real normalmente son equivalentes, pero con el transcurso del tiempo tales valores se van diferenciando. Si la actividad de la soc es próspera y da lugar a resultados positivos, el valor del capital real (o patrimonio neto contable) será superior al valor del capital nominal, q se mantiene estable representado por la cifra q figura en los estatutos sociales. La contabilidad de la soc reflejará unos beneficios, q formarán en principio una reserva legal y posteriormente la Junta general puede acordar la distribución de parte de esos beneficios entre los socios como dividendos. Si la actividad de la soc es deficitaria nos encontraremos con q el valor del capital real será inferior al capital nominal, diferencia q se había producido por las pérdidas q ha sufrido la soc.

Las cuentas anuales de la soc han de ser formuladas por los administradores, verificadas por los auditores de cuentas de la soc (en el caso de q esté obligada a designarlos) y sometidas a la aprobación de la Junta general.

Cuando el valor del patrimonio neto contable de la soc sea inferior a la cifra del capital nominal, se prohíbe el reparto de dividendos a los socios. Además es obligatorio reducir el capital nominal en el supuesto de q las pérdidas del patrimonio neto contable alcancen un tercio del capital social y perduren durante un ejercicio. También la Ley obliga q se disuelva la soc si tales pérdidas ascienden a la mitad de dicho capital.

DENOMINACIÓN

En la denominación de la Compañía deberá figurar necesariamente la indicación «sociedad anónima» o su

abreviatura «S.A.». No se podrá adoptar una denominación idéntica a la de otra soc preexistente. La denominación social es el nombre de la soc y como tal cumple la función de distinguirla como persona jca de las demás. El nombre de la sociedad, está constituido por un conjunto de palabras con las q se identifica, individualiza y designa a cada persona. Debe estar en los Estatutos e inscribirse en el Reg Merc.

Las S.A. gozan de libertad de elección. Ahora bien, el R Reg Merc declara: q no podrá incluirse total o parcialmente en la denominación el nombre o el pseudónimo de una persona sin su consentimiento, q si se elige una denominación objetiva, habrá de hacer referencia a una actividad q esté incluida en el objeto social, no cabe incluir en ella expresiones q induzcan a error o confusión sobre la actividad de la sociedad, pero también admite q la denominación objetiva sea de las calificadas de fantasía.

La sociedad, una vez constituida, adquiere el derecho de poder utilizar tal denominación como signo identificador de la persona jca, y de prohibir q los terceros usen esa denominación.

NACIONALIDAD Y DOMICILIO

A) Nacionalidad

Serán españolas y todas las S.A. q tengan su domicilio en territorio español, cualquiera q sea el lugar en q se hubieren constituido. Deberán tener su domicilio en España las S.A. cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro de su territorio.

B) Domicilio

Debe fijar su domicilio dentro del territorio español en el lugar q se halle el centro de su efectiva administración y dirección o en q radique su principal establecimiento o explotación. Según el Tribunal Supremo, el "domicilio social" de las S.A., no sólo constituye la sede oficial de la entidad, q garantiza a la misma la recepción y práctica de cuantas comunicaciones y notificaciones hayan de trasladársele para su conocimiento, con plenitud de efectos, sino también, la ubicación q por su naturaleza formal y necesidad de inscripción registral, asegura a los terceros, que, con ella, se relacionan, la certeza de aquel conocimiento, como elemento indispensable de la seguridad del tráfico mercantil.

T.19 – CONSTITUCIÓN DE LA S.A.

FORMALIDADES DE LA CONSTITUCIÓN

A) Alcance de las formalidades

La soc se constituirá mediante escritura pública que deberá ser inscrita en el Reg. Merc. Con la inscripción adquirirá la S.A. su personalidad jurídica.

B) Escritura de constitución

Debe constituirse en escritura pública que después ha de estar inscrita en el Reg. Merc. La escritura recoge el contrato fundacional, que tiene las características de ser un contrato plurilateral y de organización, en cuanto que, por regla gral, ha de recoger la participación de dos o más personas y xq tiende a crear una organización, que ha de dar lugar a la creación de unos órganos cuyas competencias se han de delimitar por la Ley y los estatutos, para el ejercicio del objeto social, dando lugar a un conjunto de relaciones entre el ente creado y los socios y entre ese ente y los terceros. En el caso de la fundación de una S.A. unipersonal, la escritura no recoge un contrato sino la declaración unilateral del socio único de constituir la sociedad.

Una de las menciones necesarias de la escritura de constitución, son los estatutos sociales, cuya finalidad

específica es la de regular la organización y el funcionamiento de la soc. La soc puede fundarse en un solo acto por convenio entre los fundadores (procedimiento llamado de fundación simultánea) o en forma sucesiva por suscripción pública de las acciones (fundación sucesiva). Dentro de la escritura de constitución se contienen los estatutos que han de regir el funcionamiento de la sociedad.

PROCEDIMIENTOS DE FUNDACIÓN

A) Clases de fundación

La soc puede constituirse en un solo acto por convenio entre los fundadores, o de forma sucesiva por suscripción pública de las acciones. El supuesto normal en la práctica es la utilización del procedimiento de fundación simultánea.

B) Fundación simultánea

La fundación simultánea se produce en un solo acto por acuerdo entre los fundadores que recoge la escritura social. La Ley reserva el nombre de «fundadores» para las personas que otorguen la escritura social y asuman todas las acciones.

a) Número mínimo de fundadores

En caso de fundación simultánea o por convenio, serán fundadores las personas que otorguen la escritura social y suscriban todas las acciones, que ha de entenderse debe ser el de dos cuando sea por «convenio». Pero, también se podrá fundar la soc de forma «simultánea» por un solo socio, sea persona natural o jurídica. En este supuesto no podrá hablarse de fundación «por convenio», sino que tal fundación tiene su origen en la declaración de voluntad unilateral del socio que otorga la escritura y suscribe todas las acciones.

b) soc en formación

Una vez otorgada la escritura de constitución y antes de la inscripción de la soc en el Reg. Merc., se podrán realizar en nombre de ella actos y contratos. Sin embargo, la S.A. no existe plenamente como tal en ese momento, porque todavía no ha obtenido su inscripción en el Reg. Merc. y por consiguiente no podrá efectuar esos contratos, pero sí puede hacerlo la soc «en formación», tal como ha sido reconocida por la LS.A..

El régimen de la soc en formación, como soc provisional que surge de la escritura de constitución y termina con su inscripción en el Reg. Merc., tiene como función el regular el ejercicio anticipado de la actividad social.

c) soc irregular

La inscripción de la S.A. tiene carácter constitutivo, de manera que en sentido estricto no puede hablarse de S.A. irregular. Con tal fin, la Ley ha evitado ese término y se ha referido simplemente al supuesto de «sociedad irregular», que comprende el hecho de que habiéndose otorgado la escritura de constitución de la S.A. y verificada la voluntad de no inscribir la soc o, en todo caso, haya transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se hubiere solicitado su inscripción.

La LS.A. estima que la situación de una «sociedad irregular» no es deseable y establece una conversión que da lugar a la aplicación de las siguientes normas:

- Cualquier socio podrá instar la disolución de la soc y exigir, previa liquidación del patrimonio social, la restitución de sus aportaciones.
- Si la soc ha iniciado sus operaciones o continúa con ellas, han de aplicarse a aquélla las normas de la

soc colectiva, o si el objeto social fuera de carácter civil se aplicarán las normas de la soc contenidas en el CC.

- En el supuesto de que la soc irregular se inscriba posteriormente, no será de aplicación a ésta lo referente a asumir los actos y contratos anteriores y liberar a los socios, administradores y representantes de su responsabilidad.

d) Responsabilidad de los fundadores

Los fundadores responderán solidariamente frente a la sociedad, los accionistas y los terceros de la realidad de las aportaciones sociales, de la valoración 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. La responsabilidad de los fundadores alcanzará a las personas por cuya cuenta hayan obrado.

C) Fundación sucesiva

El procedimiento de fundación sucesiva ha de aplicarse en aquellos supuestos en los que con anterioridad al otorgamiento de la escritura de constitución de la soc se haga una promoción pública de la suscripción de las acciones por cualquier medio de publicidad o por la actuación de intermediarios financieros. La complejidad del proceso fundacional hace que en la práctica no se utilice este procedimiento para la constitución de las sociedades anónimas.

NULIDAD DE LA SOCIEDAD

La ley limita al máximo las causas de nulidad de la soc una vez inscrita, dado que al haber nacido una persona jurídica se crea un conjunto de relaciones jurídicas que se estima que deben protegerse aun cuando hayan concurrido determinadas causas que puedan incidir en la validez del contrato constitutivo de la soc.

A) Causas de nulidad

El artículo 34 de la Ley enuncia las causas por las que únicamente puede ejercitarse la acción de nulidad. Fuera de los casos enunciados no podrá declararse la inexistencia ni la nulidad de la soc ni tampoco acordarse su anulación.

B) Efectos de la declaración de nulidad

La sentencia que acoge la acción de nulidad produce unos efectos similares a la declaración de la disolución de la sociedad, ya que «abre su liquidación, que seguirá el procedimiento previsto en la presente Ley para los casos de disolución». Declarada la nulidad, la soc conserva su personalidad jurídica mientras dure la liquidación. Por otro lado, ha de estimarse que las causas de nulidad podrán subsanarse previamente mediante una modificación de la escritura y su inscripción en el Reg. Merc.

RÉGIMEN DE LAS APORTACIONES SOCIALES

A) Normas relativas a las aportaciones

La suscripción de las acciones entraña una obligación de aportación a cargo del socio. Se desea que esa aportación sea efectiva, de manera que el socio no se libera de la deuda que tiene frente a la soc si no desembolsa o entrega unas cosas que satisfagan verdaderamente el importe total de esa deuda. Es un presupuesto esencial que se produzca el desembolso mínimo de la cuarta parte del valor nominal de cada una de las acciones de la sociedad, tanto para la validez de la constitución de la sociedad, como para, una vez constituida la sociedad, pueda aumentarse válidamente el capital social.

Objeto y clases de las aportaciones: El objeto de la aportación puede ser el dinero u otras clases de bienes susceptibles de valoración económica, que sean aptos para ser incluidos en el balance que registra el patrimonio social. Pueden ser dinerarias y no dinerarias.

a) Aportaciones dinerarias

Las aportaciones se deben efectuar en moneda nacional, y el principal problema es el control por el Notario autorizante tanto en el momento de la constitución como en el de pago de dividendos pasivos como en el de aumento de capital. Ese control se realiza mediante:

1º) entrega al Notario de resguardos o certificaciones del depósito, del dinero en una entidad de crédito con menos de 2 meses de antelación

2º) entrega del dinero al Notario para que éste constituya el depósito en 5 días.

b) Aportaciones no dinerarias

En este caso el problema que se plantean es el de su valoración, así como la responsabilidad del aportante con relación al bien aportado. Se valora por un experto nombrado por el Reg Merc, que deben elaborar un informe en que se describan el bien, su valoración, etc, y se incorpora como anexo a la escritura de constitución o aumento de capital, admitiéndose una desviación del 20%. Responde el aportante dependiendo del tipo de bienes que aporta y así, si aporta muebles, inmuebles o dchos de crédito Responde de su entrega y saneamiento según las reglas de la compraventa. Si se entregan dchos de crédito frente a 3os, responde de la legitimidad del crédito y de la solvencia del deudor. Si entrega 1 empresa o negocio responde del saneamiento tanto del conjunto como de los elementos individuales.

c) Prestaciones accesorias

En ocasiones la escritura de consti puede prever que los socios realicen prestaciones accesorias en forma de servicio a la soc, x ejemplo asistencia técnica, sin que en ningún caso puedan considerarse aportaciones ni integrar el capital.

d) Régimen de adquisiciones onerosas

para evitar elusiones del régimen de aportaciones no dinerarias se obliga a que las adquisiciones onerosas de bienes en los 2 primeros años de vida de la soc que representen + del 10% del capital, se aprueben x la junta gral con informe de los administradores y expertos nombrados x el Reg Merc. Aunque existen excepciones, x eje para las compras en bolsa o subastas.

B) Régimen de dividendos pasivos

Se denomina dividendo pasivo a la parte de la aportación que el socio tiene pendiente de realizar a la sociedad, que en el momento de la constitución de la misma no puede ser superior al 75% del capital suscrito por el accionista.

a) Obligación del pago de los dividendos pasivos: El socio puede verse obligado a pagar hasta un 75% del valor de las acciones que ha suscrito como dividendos pasivos, en la forma y plazo que prevean los estatutos o en su defecto los administradores por acuerdo, y esos dividendos pasivos se podrán pagar en metálico o en aportaciones no dinerarias.

b) Caso de mora en el desembolso: Una vez vencido el plazo, el socio moroso se ve privado del dº de voto, del de suscripción preferente de acciones y del dº al dividendo y la soc puede optar entre reclamar el pago o

vender por su cuenta y riesgo del socio moroso.

T.20 – LAS ACCIONES

LA ACCIÓN COMO PARTE DEL CAPITAL

La Ley señala que el capital de la S.A. estará dividido en acciones, y representan partes alícuotas del capital social.

Son partes alícuotas del capital social de forma que, multiplicando el valor nominal de cada acción por el n° de acciones obtenemos la cifra del capital social. Tienen 2 tipos de valores:

1º) valor nominal, es el valor formal que consta en estatutos sin que la LSA establezca ni un valor mínimo ni uno máximo pero sí exige que todas las acciones de una misma serie tengan el mismo valor nominal y prohíbe que se emitan acciones x debajo de su valor nominal, aunque permite emitir acciones con prima que deberá desembolsarse íntegramente en el momento de la suscripción.

2º) valor efectivo o real, en el caso de las socs cotizadas se corresponde con el precio de cotización y en el de las no cotizadas se corresponde con el valor teórico o contable que sería el valor del patrimonio social dividido x el n° de acciones. Este valor es relevante en algunos supuestos excepcionales en que al socio se le reconoce un d° de separación.

valor nominal ! se corresponde con ! capital social

valor efectivo ! se corresponde con ! patrimonio

LA ACCIÓN COMO D°

A) Vinculación de los dchos a la acción

La acción convierte al accionista en titular de 1 estatuto jco x vía originaria o derivativa que está integrado x dchos y oblis. Estatuto que tiene un matiz capitalista xq el n° de dchos se multiplica x el n° de acciones. Una misma SA puede tener varias clases de acciones con dchos diferentes aunque respetando siempre ciertos límites.

La Ley establece la igualdad de dchos entre las acciones de la misma clase, por lo que se deduce que existen diversas clases de acciones. Hay que distinguir entre:

- acciones ordinarias
- acciones privilegiadas: las que confieran algún privilegio frente a las ordinarias, y se exige que tal privilegio, referido a algún d° que conforma la condición jurídica de socio, figure en los estatutos sociales

B) Enunciación de los dchos más relevantes

a) Los criterios de clasificación

Existen varios criterios pero el principal es el que distingue entre dchos políticos o admvos, el principal el d° a voto, y dchos económicos, el principal el d° al dividendo.

b) Enunciación efectuada por la Ley

1. Dº a participar en las ganancias (dº al dividendo)

Es 1 dº proporcional al capital desembolsado x cada acción y es relativo xq su efectividad depende de que se cumplan ciertas condiciones que son que haya ganancias, que haya liquidez suficiente y que haya un acuerdo de reparto del beneficio x la junta gral ordinaria.

2. Dº a participar en el patrimonio que resulte de la liquidación de la sociedad

Cuando la soc se disuelve y se liquida, se pagan las deudas y si queda patrimonio relevante se debe repartir entre los accionistas en proporción al valor nominal de sus acciones, con correcciones si existen diferentes niveles de desembolso entre accionistas.

3. Dº de suscripción preferente

En los aumentos de capital con emisión de nuevas acciones, los accionistas y los obligacionistas convertibles tienen dº a suscribir un nº de acciones proporcional al valor nominal de las acciones que poseen en el plazo de 1 mes desde que se anuncie en el BORME o se les comunique personalmente.

4. Dº de asistencia y voto en las Juntas generales

Es proporcional al valor nominal de las acciones que se posean y se puede ejercer mediante el voto presencial en la junta, o x correspondencia postal o electrónica. Los estatutos pueden exigir un nº de acciones mínimo para tener dº de asistencia que no puede superar el 1 x 1000 de la cifra de capital, y los estatutos pueden exigir un nº mínimo de acciones para votar y permitir un nº máximo de votos por accionista.

5. Dº de información

Este dº se considera inderogable y es instrumental para el ejercicio de otros dchos, en especial el de voto. El dº de información se concreta tanto con relación a la tutela de su pretensión de obtener determinados docs como a solicitar y obtener información en la Junta general. Así:

a) Se considera integrante de este dº el deber que tienen los admores de hacer constar en la convocatoria de la Junta general los asuntos que han de tratarse en ella, así como que conste en dicha convocatoria el dº que corresponde a todos los accionistas de examinar en el domicilio social el texto íntegro. Igualmente, el accionista podrá obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, las cuentas anuales y los docs complementarios que han de someterse a la aprobación de la Junta general, así como el informe de los auditores de cuentas.

b) Concede a los accionistas la facultad de solicitar por escrito, con anterioridad a la celebración de la Junta o verbalmente durante la misma, los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día, que se completa con el dº de los socios de obtener certificación de los acuerdos adoptados en su reunión e incluso del acta de la misma.

6. De impugnación de los acuerdos sociales

Se ha de distinguir según que los acuerdos sean nulos o anulables, en el primer caso correspondería a todos los accionistas la impugnación, mientras que en el segundo únicamente a los accionistas asistentes a la Junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, los ausentes y los que hubiesen sido ilegítimamente privados del voto. Los accionistas podrán impugnar también los acuerdos del Consejo de Administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración, pero para ello habrán de poseer, al menos, el 5% del capital social.

c) Acciones privilegiadas

La existencia de estas acciones privilegiadas puede surgir bien en el momento de la fundación de la sociedad o en uno posterior, y en tal caso, habrán de observarse las formalidades prescritas para la modificación de los estatutos. En el caso de que la creación de acciones privilegiadas lesione directa o indirectamente los derechos de una clase de acciones ya existente, esa modificación estatutaria creando unas acciones privilegiadas requerirá, además del acuerdo de la Junta general adoptado con los requisitos previstos, el acuerdo de los titulares de la clase de acciones privilegiadas ya existente que vean afectados sus derechos; acuerdo que habrá de adoptarse en votación separada de esos accionistas.

Los privilegios que confieren las acciones, se concretan en el contenido de alguno de los derechos que conforman la cualidad de accionista, pero que frecuentemente tienen un contenido de carácter económico.

C) Referencia a las acciones sin voto

La Ley prevé que las S.A. puedan emitir acciones sin derecho de voto por un importe nominal no superior a la mitad del capital desembolsado. Se trata de acciones privilegiadas, con un régimen legal de carácter especial.

A los titulares de las acciones sin voto, en compensación a la pérdida de este derecho, la L.S.A. les concede determinados derechos preferentes de carácter económico respecto a los que tengan los titulares de acciones ordinarias de la sociedad. Estos derechos preferentes son en esencia los siguientes:

- a) El derecho a obtener un dividendo anual mínimo fijo o variable, que establezcan los estatutos sociales y que deberá ser acordado por la Junta general siempre que existan beneficios.
- b) En el caso de que sea necesaria la reducción del capital por pérdidas, las acciones sin voto no se verán afectadas en principio por esa reducción, en tanto en cuanto no supere el valor nominal del capital formado por las acciones con voto.
- e) En caso de liquidación de la sociedad, las acciones sin voto tienen derecho a percibir el reembolso del valor desembolsado antes de que se distribuya cantidad alguna a los restantes accionistas.
- d) Los titulares de las acciones sin voto de sociedades no cotizadas tendrán el mismo derecho de suscripción preferente que los accionistas ordinarios.

T.21 – TRANSMISIÓN Y DERECHOS SOBRE LAS ACCIONES

DOCUMENTACIÓN y TRANSMISIÓN DE LA ACCIÓN

A) Formas de documentación de la acción

Los estatutos de la sociedad determinarán si las acciones están representadas por medio de títulos o de anotaciones en cuenta. En sociedades cuyas acciones pretendan acceder a su cotización en Bolsa, habrán de representarse por medio de anotaciones en cuenta. La L.S.A. se ocupa del régimen de las acciones cuando se representan por medio de títulos, ya que si se representan por medio de anotaciones en cuenta se remite a la normativa reguladora del mercado de valores.

En las acciones representadas por medio de anotaciones en cuenta, la acción «se constituye como tal en virtud de la inscripción en el correspondiente registro contable, cuya llevanza está encomendada en exclusiva a las sociedades y agencias de valores, salvo cuando los mismos sean admitidos o negociados en Bolsas de Valores en cuyo caso, lleva el registro el Servicio de Compensación y Liquidación de Valores, en exclusiva.

B) Acciones nominativas y al portador

Cuando las acciones están representadas por medio de títulos, éstos podrán ser nominativos o al portador. Tal distinción es aplicable exclusivamente a los títulos que representan las acciones.

Hay que decir que, en tanto no se emitan los títulos, se podrán entregar a los accionistas unos resguardos provisionales que han de revestir necesariamente la forma nominativa.

Con relación a la legitimación del accionista, el socio titular de las acciones no ha de presentar necesariamente el título para el ejercicio de sus dchos de accionista (como sucede en general con los títulos al portador), sino que también puede estar legitimado mediante un certificado que acredite el depósito de los títulos en una entidad autorizada para ello. En el caso de acciones nominativas, para la legitimación del accionista para ejercer sus dchos de socio tampoco será precisa la exhibición del título.

C) Formalidades del título

El título de la acción y también los resguardos provisionales han de expresar un conjunto de circunstancias, que se refieren a la sociedad (denominación, domicilio, capital social y en general los datos identificadores de su inscripción en el Registro Mercantil), a las características de la propia acción (valor nominal, número, serie a que pertenece, etc.), su condición de nominativa o al portador, así como otras circunstancias, debiendo en todo caso extenderse en libros talonarios que estarán numerados correlativamente.

Si las acciones son nominativas han de figurar en un libro–registro que llevará la sociedad, en el que se inscribirán las sucesivas transferencias de las acciones, así como la constitución de dchos reales y otros gravámenes sobre ellas. El accionista tiene dº a que la sociedad le entregue el título, pero tal dº puede sustituirse por una certificación en la que consten las acciones que el accionista tiene inscritas a su nombre. Estas certificaciones se denominan en la práctica «extractos de inscripción».

D) Transmisión de las acciones

La transmisión de las acciones se produce por un negocio de transmisión (normalmente un contrato de compraventa de acciones) y la entrega de los títulos.

Si las acciones son al portador, la simple tradición del documento producirá su transmisión, siempre, claro está, que previamente se haya producido un negocio traslativo de la propiedad. Si las acciones son nominativas, su transmisión ha de inscribirse en el libro–registro, y la sociedad sólo reputará accionista a quien se halle inscrito como tal en dicho libro.

E) Restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones

a) Noción y características

Las acciones son, en ppio, libremente transmisibles, transmisibilidad que tiene como presupuesto que la sociedad (o en su caso el acuerdo de aumento del capital social) estén inscritos en el Registro Mercantil, ya que hasta que no se produzca esta inscripción no pueden entregarse ni transmitirse las acciones.

Sin embargo, los estatutos sociales pueden establecer restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones; que sólo serán válidas frente a la sociedad si están expresamente impuestas por los estatutos, recaigan sobre acciones nominativas e indiquen el contenido de la restricción.

Estas normas parten del ppio de que son nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente intransmisible la acción.

b) Clasificación de las diversas cláusulas

Las diversas clases de restricciones estatutarias ofrecen una variedad muy compleja, pero esas distintas modalidades pueden clasificarse en tres grupos:

- 1) Las que establecen un dº de adquisición preferente, que normalmente es a favor de los demás socios, pero que también puede ser en favor de la sociedad.
- 2) Las que subordinan la transmisión a la autorización de la sociedad.
- 3) Las que establecen que el adquirente debe reunir ciertas condiciones. Supuesto en el que habrá de señalarse de forma objetiva las características o condiciones del adquirente.

c) Especial referencia a las cláusulas de autorización o consentimiento

El 2º grupo de cláusulas se caracterizan porque la transmisibilidad de las acciones sólo podrá efectuarse si el socio obtiene la previa autorización de la sociedad. La Ley declara que sólo son admisibles las cláusulas de autorización cuando los estatutos mencionen las causas que permitan denegarla, con lo que se ha restringido de una forma importante la discrecionalidad en el otorgamiento de esa autorización. Respecto a quién debe otorgar ésta, salvo prescripción contraria de los estatutos, la autorización será concedida o denegada por los administradores de la sociedad. En cualquier caso, transcurrido el plazo de 2 meses desde que se presentó la solicitud de autorización sin que la sociedad haya contestado a la misma, se considerará que la autorización ha sido concedida.

d) Supuestos especiales

Las restricciones estatutarias a la transmisibilidad de las acciones sólo serán aplicables a las adquisiciones por causa de muerte, y a las que se produzcan como consecuencia de un procedimiento judicial o administrativo de ejecución, cuando así lo establezcan expresamente los estatutos.

Serán válidas, por consiguiente, las cláusulas estatutarias que desarrollen el dº de suscripción preferente en los supuestos de transmisión forzosa, siempre que no impidan al accionista obtener el valor real de las acciones y se ajusten a las normas generales del sistema.

e) Eficacia de las cláusulas

Sólo son válidas las cláusulas limitativas de la transmisibilidad de las acciones nominativas si están contenidas en los estatutos sociales inscritos en el Registro Mercantil. Los pactos entre los accionistas que establezcan esas restricciones, pero que no figuren en los estatutos podrán tener una eficacia entre los socios que los han suscrito, pero no frente a la sociedad. Las cláusulas deben ser interpretadas restrictivamente.

La transmisión de las acciones incumpliendo las cláusulas estatutarias lleva consigo la ineficacia de tal transmisión frente a la sociedad y, por consiguiente, los administradores no deben inscribir al adquirente en el libro de acciones nominativas, de forma que éste no podrá ser considerado como socio.

COPROPIEDAD Y DCHOS REALES LIMITADOS SOBRE LAS ACCIONES

A) Copropiedad de la acción

El conjunto de dchos que forma la acción no puede dividirse, de manera que el máximo nº teórico de puestos de socios está formado por el nº de acciones que tiene la sociedad. Las acciones son indivisibles.

Partiendo de esta idea se admite la posibilidad de una copropiedad sobre una acción y se dice que, en tal supuesto, los copropietarios habrán de designar una sola persona para el ejercicio de los dchos de socio y responderán solidariamente frente a la sociedad de cuantas obligaciones se deriven de la condición de accionistas. Igualmente se admite la posibilidad de que se pueda producir una cotitularidad de dchos sobre las acciones, y en tal caso se aplicará la misma norma que en el supuesto de copropiedad.

B) Usufructo de acciones

La acción puede ser objeto de un dº real limitado, como es el de usufructo. Dentro del régimen de usufructo de acciones hay dos cuestiones: la 1ª de ellas se refiere a la titularidad de los dchos del socio frente a la sociedad; la 2ª, a las relaciones internas entre el usufructuario y el nudo propietario, que se regirán por lo que se determine en el título constitutivo del usufructo y, en su defecto, por lo previsto en la L.S.A. y supletoriamente en el Código civil.

Respecto a la 1ª cuestión, la cualidad de socio reside en el nudo propietario, pero el usufructuario tendrá dº en todo caso a los dividendos acordados por la sociedad durante el usufructo. El ejercicio de los demás dchos corresponde, salvo disposición contraria de los estatutos, al nudo propietario, quedando el usufructuario obligado a facilitar al nudo propietario el ejercicio de estos dchos. Cuando el usufructo recae sobre acciones no liberadas totalmente, el nudo propietario será el obligado frente a la sociedad a efectuar el pago de los dividendos pasivos, si bien, una vez efectuado el pago, tendrá dº a exigir al usufructuario el interés legal de la cantidad invertida, siempre que los dividendos que éste perciba sean superiores al importe de los intereses. El ejercicio del dº de suscripción preferente en los casos de aumento de capital corresponde, en principio, al nudo propietario pero existen matizaciones.

C) Prenda de acciones

En el caso de prenda de acciones corresponderá a su propietario, salvo disposición contraria de los estatutos, el ejercicio de los dchos de accionista, quedando obligado el acreedor pignoraticio a facilitar el ejercicio de estos dchos. Si el propietario 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. Las normas sobre la prenda de acciones se aplican por analogía al caso de su embargo.

NEGOCIOS SOBRE LAS PROPIAS ACCIONES

La adquisición de las acciones propias o de las acciones de la sociedad dominante

La Ley admite la adquisición por una sociedad de sus propias acciones sólo cuando concurren determinadas condiciones y dentro de ciertos límites legales. Puede ocasionar dos tipos de consecuencias negativas para la sociedad:

1º) por el perjuicio que supone para el patrimonio social;

2º) por la utilización que de las acciones poseídas por la sociedad (lo que se conoce como «autocartera») pueden hacer los administradores.

Las operaciones que tengan por objeto acciones de la sociedad dominante, serán de aplicación aun cuando la sociedad que las realice no sea de nacionalidad española. La Ley distingue la adquisición originaria, o suscripción de acciones propias, de la adquisición derivativa.

a) Adquisición originaria de acciones propias

Una sociedad no puede suscribir en ningún caso sus propias acciones o las emitidas por su sociedad

dominante.

b) Adquisición derivativa de acciones propias

La Ley admite la adquisición derivativa de las propias acciones o de las emitidas por la sociedad dominante bajo ciertos límites y requisitos:

1. La adquisición deberá haber sido autorizada por la Junta general de la Sociedad.
2. Que el valor nominal de las acciones adquiridas, sumándose al de las que ya posean la sociedad adquirente y sus filiales y, en su caso, la sociedad dominante y sus filiales, no exceda del 10% del capital social. Cuando las acciones estén admitidas a cotización en un mercado de valores, ese límite se reduce al 5%.
3. Que la adquisición permita a la sociedad adquirente y, en su caso, a la sociedad dominante dotar en el pasivo del balance una reserva indisponible equivalente al importe que figure en el activo de las acciones propias o de la sociedad dominante. La dotación de esta reserva no deberá disminuir el capital ni las de otras reservas que por mandato legal o estatutario sean igualmente indisponibles.
4. Que las acciones adquiridas se hallen íntegramente desembolsadas.

Cuando la adquisición tenga por objeto acciones de la sociedad dominante será necesario que la dotación de la reserva por adquisición de esas acciones se haga tanto por la sociedad adquirente como por la dominante.

c) Supuestos de libre adquisición

En ciertas circunstancias, la Ley autoriza que una sociedad adquiera sus propias acciones o las de su sociedad dominante sin la necesaria observancia de los límites y requisitos ya indicados. La libre adquisición de acciones propias queda autorizada:

- Cuando las acciones se adquieran en virtud de acuerdo de reducción de capital adoptado según el art 170.
- Cuando las acciones formen parte de un patrimonio adquirido a título universal.
- Cuando acciones íntegramente liberadas se adquieran a título gratuito, o como consecuencia de una adjudicación judicial en pago de un crédito que la sociedad tenga frente al anterior propietario de esas acciones.

d) Régimen de las acciones propias

El hecho de que se autorice en determinadas situaciones la adquisición de las propias acciones no impide que la Ley adopte previsiones destinadas a atenuar los efectos negativos de la tenencia por la sociedad de sus propias acciones, o la posesión de las mismas en concepto de prenda o de otra forma de garantía.

Así, las propias acciones carecen del dº de voto y de los demás dchos políticos que pudieran corresponderles. Con excepción del de asignación gratuita de nuevas acciones, los dchos económicos inherentes a las acciones propias serán atribuidos proporcionalmente al resto de las acciones. Lo anterior no impide que las acciones propias se computen a efectos de calcular los quórum de constitución y adopción de acuerdos por la Junta general, lo que, a nuestro juicio, tiene una justificación discutible. Por otro lado, además de la constitución de una reserva obligatoria en el pasivo del balance, se exige que el informe de gestión de la sociedad y, en su caso, el de la sociedad dominante, recojan con detalle las adquisiciones de acciones propias realizadas a lo largo del ejercicio.

e) Régimen sancionador

La infracción de las disposiciones de la LSA. en materia de adquisición de acciones propias podrá conllevar la imposición de multa a los administradores de la sociedad, tras la realización de un expediente administrativo. Esa multa podrá llegar a ser de un importe igual al del valor nominal de las acciones suscritas, adquiridas o aceptadas en garantía por la sociedad, o adquiridas por un tercero con asistencia financiera de la sociedad. La sanción se impondrá previo expediente administrativo, cuya instrucción corresponde a la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

B) Participaciones recíprocas

La Ley regula las participaciones recíprocas entre dos sociedades, es decir, la situación en donde una sociedad participa en el capital de otra que, a su vez, es accionista de la primera. Es un fenómeno societario que, al margen de otras consecuencias, da lugar a problemas parecidos a los de la adquisición de las propias acciones, tanto desde el punto de vista patrimonial como desde el del correcto funcionamiento de los órganos sociales. El régimen contenido en la LSA., según su redacción de 1989, se aplicaba sólo a las acciones y no a las participaciones de las S.R.L., lo que daba lugar a la posibilidad de eludir esas normas por medio de la utilización de este tipo de sociedades. Para evitarlo la LSA. de 1995 ha extendido el régimen de las acciones recíprocas a las participantes de las S.R.L.

T.22 – LOS ÓRGANOS SOCIALES. LA JUNTA GENERAL

NOCIÓN, COMPETENCIA Y CLASES DE LA JUNTA GENERAL

A) Noción

La Junta se caracteriza, pues, como un órgano de carácter colegial que, como hemos dicho, es soberano dentro de la organización de la sociedad, si bien el alcance de sus acuerdos es interno (para que produzcan efectos con relación a terceros habrán de participar los administradores como representantes de la sociedad).

Se pueden indicar como notas destacadas de la Junta general las siguientes: a) Es un órgano en el que participan todos los accionistas de la sociedad, si bien algunos de ellos pueden simplemente asistir a la reunión, pero no votar como los titulares de las acciones sin voto b) Se trata de un órgano necesario, cuya actuación no es permanente. Ha de reunirse en los supuestos previstos por la ley y también cuando se estime conveniente para los intereses sociales, bien a juicio de los administradores o por el juez a petición de los socios; c) Es un órgano colegiado, lo que implica que la junta general ha de respetar el método colegial, que lleva unido el principio mayoritario; d) La junta general tiene, como en general cualquier órgano de la sociedad, su propia competencia.

B) Competencia

La LSA alude a los «asuntos propios de la competencia de la junta», pero omite una referencia a ellos, aunque éstos pueden enunciarse teniendo en cuenta determinadas menciones de la LSA., la competencia de otros órganos y los límites establecidos por la ley a la hora de ordenar la posición jurídica de los accionistas dentro de la organización social.

a) Aparecen a lo largo de la ley unas menciones de las que puede deducirse claramente el ámbito de la competencia de la junta general sobre determinados asuntos.

b) La junta general ha de respetar la competencia de otros órganos de la sociedad, sean los administradores, auditores o liquidadores. Surgen especiales cuestiones en torno a los límites de la competencia de la junta respecto a los administradores, a los que se confía tanto la administración como la representación de la sociedad. En esta línea se ha de afirmar que la junta no puede asumir el ejercicio directo de las funciones de gestión y representación de la sociedad, y ni siquiera puede designar a un representante voluntario de la

sociedad.

c) La competencia de la junta general se ve limitada igualmente por el ámbito conferido por la ley a los poderes y derechos de los accionistas. Se ha de tratar, por supuesto, de limitaciones que vengan impuestas por normas imperativas.

C) Clases

Las Juntas podrán ser ordinarias o extraordinarias. La Junta general ordinaria es aquella que ha de reunirse dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio (o antes si lo establecen los estatutos) para censurar la gestión social, aprobar, en su caso, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado. Son Juntas extraordinarias todas las que no tengan este carácter periódico anual.

CONVOCATORIA DE LA JUNTA

A) Función de la convocatoria: referencia a la llamada Junta universal

El carácter colegial de la Junta general exige la necesidad de comunicar a todos los socios en un determinado plazo y con ciertas garantías que va a celebrarse una reunión. La convocatoria ha de servir a los socios para que tengan conocimiento de esa celebración en un determinado lugar y fecha, para que puedan asistir a la misma y para que estén informados acerca de los asuntos sobre los que en ella se va a deliberar y los acuerdos cuya aprobación va a someterse a la propia Junta, sin que sea válido que esos acuerdos afecten a asuntos diversos de los que figuran en la convocatoria y sin que la soberanía de la Junta permita a ésta que acuerde decidir sobre asuntos ajenos a la convocatoria.

La cuestión se plantea en términos diferentes en el caso de la llamada «Junta universal», respecto a la cual decae el régimen de la convocatoria. Se entiende por Junta universal cuando estén reunidos todos los socios, presentes o representados, y acuerden por unanimidad la celebración de la Junta para tratar en ella de determinados asuntos. Por consiguiente, en este caso los socios no simplemente han de tener la voluntad de celebrar la Junta universal, sino que han de ponerse de acuerdo sobre los temas que van a tratar, que puede ser cualquiera que esté dentro de la competencia de la Junta general. El artº 97.3 del R.R.M. exige que conste en el acta de estas Juntas —que en la práctica son muy frecuentes en el caso de sociedades cerradas o de pocos socios— entre otros aspectos los puntos aceptados como orden del día de la sesión, así como el nombre de los socios asistentes, presentes o representados, debiendo firmar en el acta todos los asistentes.

B) Quiénes han de convocar la Junta

La Junta general debe ser convocada por los administradores. Si se trata de la Junta ordinaria debe hacerse dentro del período de tiempo señalado en los estatutos, que ha de ser siempre en los seis primeros meses del ejercicio. Fuera de este caso, los administradores pueden convocar la Junta general extraordinaria siempre que lo consideren conveniente para los intereses sociales.

La facultad de convocar la Junta general puede delegarse por el Consejo de Administración, siempre que lo autoricen los estatutos, en un miembro del propio Consejo. Pero si no existe tal delegación o una autorización para que convoque la Junta uno de sus miembros, la convocatoria no es válida.

Excepcionalmente, la Junta puede ser convocada por el Comisario del sindicato de obligacionistas, si existe una demora en la amortización de las obligaciones o en el pago de los intereses y los administradores no la convocan, Y también por el Juez cuando la minoría haya solicitado de los administradores la convocatoria y tal solicitud no sea atendida.

En efecto, los administradores deben convocar la Junta general extraordinaria cuando lo solicite un número de

socios que representen, al menos, el 5% del capital social, expresando en la solicitud los asuntos a tratar en la Junta. Se plantea la cuestión de si los estatutos pueden alterar esta cifra. Han de entenderse válidas las cláusulas que reduzcan ese porcentaje, pero han de estimarse inválidas las cláusulas estatutarias que intenten elevar esa cifra.

La omisión de convocatoria de la Junta por los administradores puede ser suplida con la intervención del Juez; se habla en este caso de convocatoria judicial. Ha de ser el Juez de primera instancia el que podrá convocar la Junta general si los administradores han dejado pasar el plazo legal sin convocarla o no han atendido la solicitud de los accionistas.

C) Forma en que debe efectuarse la convocatoria

Se ha de publicar un anuncio en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia, por lo menos 15 días antes de la fecha fijada para la celebración de la Junta. El anuncio expresará la fecha de la reunión en primera convocatoria y todos los asuntos que han de tratarse.

Al mismo tiempo que se anuncia la celebración de la Junta puede hacerse constar la fecha en la que, si procediera, se reunirá ésta en segunda convocatoria. Al hacer este anuncio conjunto ha de tenerse en cuenta que entre la primera y la segunda reunión deberá mediar, por lo menos, un plazo de 24 horas. Si al hacer el anuncio de la primera convocatoria no se hubiera previsto la fecha de la segunda reunión, y ésta fuera precisa por no haberse podido celebrar la primera, deberá anunciarse con los mismos requisitos de publicidad dentro de los 15 días siguientes a la fecha de la Junta no celebrada y con 8 días de antelación a la fecha de la reunión.

CONSTITUCIÓN DE LA JUNTA

Los accionistas convocados han de constituirse en Junta para poder deliberar.

A) Lugar de la reunión

Las Juntas generales se celebrarán en la localidad donde la sociedad tenga su domicilio, el día señalado en la convocatoria, pudiendo ser prorrogadas sus sesiones durante uno o más días consecutivos. La prórroga podrá acordarse a propuesta de los administradores o a petición de un número de socios que represente la cuarta parte del capital social presente en la Junta; cualquiera que sea el número de sesiones en que ésta se celebre, se considerará única, levantándose una sola acta para todas las sesiones. Si se trata de una Junta universal—esto es, de las que se celebran sin convocatoria concurriendo todos los socios— la reunión es válida aunque se lleve a efecto en un lugar distinto a aquel donde estuviere el domicilio social, en cualquier lugar de España o del extranjero.

B) Derecho de asistencia a las Juntas

Tienen dº a asistir a las Juntas, en primer término, los accionistas. Se considera que este dº es diverso del de voto, pues la asistencia no sólo es un presupuesto para ejercer el voto, sino también para participar en la deliberación de la Junta, solicitar informaciones en ella, etc. Podrán asistir a la Junta general, los titulares de acciones nominativas y de acciones representadas por medio de anotaciones en cuenta inscritas en sus respectivos registros con cinco días de antelación a aquel en que haya de celebrarse la Junta, y los tenedores de acciones al portador que con la misma antelación hayan efectuado el depósito de sus acciones en la forma prevista por los estatutos o por la ley. Los estatutos podrán limitar el dº de asistencia exigiendo respecto de todas las acciones la posesión de un número mínimo, si bien el número exigido no podrá ser en ningún caso superior al uno por mil del capital social.

Todo accionista que tenga dº de asistencia podrá hacerse representar en la Junta general por medio de otra persona, aunque ésta no sea accionista. Los estatutos podrán limitar esta facultad, pero ha de entenderse que

no la pueden suprimir. Recibidas las instrucciones por el representante, éste podrá votar en sentido distinto cuando se presenten circunstancias ignoradas en el momento del envío de las instrucciones y se corra el riesgo de perjudicar los intereses del representado. En caso de voto emitido en sentido distinto a las instrucciones impartidas por el accionista, el representante deberá informar inmediatamente al representado por medio de escrito en que explique las razones del voto.

C) Quórum de la Junta

Para la constitución válida de la Junta se requiere una cierta asistencia de socios, presentes o representados. La Ley exige distinta asistencia mínima según los casos.

a) Con carácter general, puede decirse que la Junta queda válidamente constituida en primera convocatoria cuando los accionistas presentes o representados posean, al menos, el 25% del capital suscrito con dº de voto, pudiendo los estatutos fijar un quórum superior. En segunda convocatoria será válida la constitución de la Junta cualquiera que sea el capital concurrente a la misma, salvo que los estatutos fijen un quórum determinado, el cual necesariamente habrá de ser inferior al que aquellos hayan establecido o exija la Ley para la primera convocatoria.

b) Cuando las Juntas generales, sean ordinarias o extraordinarias, tengan que adoptar un acuerdo sobre la emisión de obligaciones, el aumento o la reducción del capital, la transformación, fusión o escisión de la sociedad y, en general, cualquier modificación de los estatutos sociales, será necesaria, en primera convocatoria, la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean, al menos, el 50% del capital suscrito con dº a voto. En segunda convocatoria será suficiente la concurrencia del 25% del capital social. Esto no obstante, cuando concurren accionistas que representen menos del 50% del capital suscrito con dº a voto, los acuerdos anteriormente indicados sólo podrán adoptarse válidamente con el voto favorable de los 2/3 del capital presente o representado en la Junta. Los estatutos sociales podrán elevar los quórum y mayorías previstos anteriormente, pero ha de entenderse que los estatutos no podrán elevar el quórum exigido para la segunda convocatoria de tal forma que se equipare al de la primera.

A los efectos de comprobar la constitución válida de la Junta general es preciso formar la lista de asistentes antes de entrar en el orden del día. En esta lista ha de expresarse el carácter o representación de cada uno de los asistentes y el número de acciones propias o ajenas con que concurren.

DELIBERACIÓN

Constituidos los accionistas en Junta han de deliberar como operación previa a la adopción de los acuerdos.

A) Funciones del Presidente

La deliberación ha de realizarse bajo la dirección del Presidente de la Junta. Los estatutos pueden designar quién ha de ser esta persona. Si éstos guardan silencio, ocupará este puesto el Presidente del Consejo de Administración, y si no existe tal Presidente, los socios asistentes elegirán en cada caso al accionista que deba presidir la Junta. El Presidente estará asistido por un Secretario, designado también por los estatutos o por los accionistas asistentes a la Junta (art. 110). Cuando la Junta se convoca por el Juez, al amparo de lo previsto en el artículo 101.1, el propio Juez designará la persona que habrá de presidida.

El Presidente tiene tb la función de juzgar sobre la oportunidad de las informaciones solicitadas por los socios, cuidando del desarrollo del proceso de la junta hasta llegar, tras el oportuno debate, a la correspondiente votación. Interviene también en la aprobación del acta de la Junta cuando no es aprobada por la propia Junta; igualmente participa el Presidente en la documentación de los acuerdos de la Junta, mediante su Visto Bueno.

B) Derechos de los socios

Los socios fundamentalmente tienen el dº de intervenir en la deliberación con sugerencias, hacer proposiciones y solicitar informaciones acerca de las cuestiones que constituyen el orden del día. Sobre estas cuestiones debe tratar la Junta y no es válido que se abstenga de entrar a conocer de los puntos que constan en el orden del día. Como vimos anteriormente, tienen voz en las Juntas las personas no accionistas que tengan dº de asistencia.

De ellos, sin duda, el dº de mayor importancia es el de información, que puede ejercitarse antes de la reunión o durante la misma.

LOS ACUERDOS

La Junta general válidamente constituida manifiesta su voluntad mediante el voto de la mayoría que da lugar a un acuerdo social. La voluntad de los socios –que se emite a través del voto– se transforma en voluntad de la sociedad si la Junta decide sobre asuntos propios de su competencia, y quedan sometidos a esa voluntad, o si se quiere a sus acuerdos, todos los socios, aun cuando no hayan concurrido a la Junta o hayan votado en contra. Sus acuerdos se considera que tienen la naturaleza de voluntad unilateral de la Junta, lo que no impide que para su interpretación sean de aplicación las normas contenidas por el Código civil para los contratos.

Los accionistas constituidos en Junta general «decidirán por mayoría», de lo que ha de deducirse que no se considera admisible la cláusula estatutaria que exija para la validez de determinados acuerdos que se adopten por unanimidad, por ser contraria al texto de la Ley y a la naturaleza de los órganos colegiados.

Por el contrario ha de considerarse lícita la cláusula que establezca la necesidad de que voten a favor del acuerdo una mayoría reforzada de socios. A falta de una cláusula de este tipo ha de entenderse, con carácter general, que la mayoría que se exige para un acuerdo válido es la absoluta de los votos de los accionistas (presentes o representados) asistentes a la Junta, es decir, que los votos favorables al acuerdo sean la mitad más uno de los votos de los asistentes. Los estatutos, sin embargo, pueden exigir una mayoría más elevada que la anteriormente señalada. En caso de empate puede producirse una paralización de la Junta general.

El accionista puede comprometerse frente a otros socios a votar en un determinado sentido. Estas obligaciones derivan de los llamados pactos de sindicación de acciones, que en principio se consideran lícitos, pero cuya eficacia está limitada a las relaciones entre las partes, de manera que la violación de esos pactos no invalidará el voto emitido en la Junta.

El acta de la Junta es un documento de singular importancia para la prueba de los hechos que han ocurrido en ella, y que una vez redactada debe transcribirse en el libro de actas correspondiente. El acta normalmente se redacta por el Secretario de la Junta, y una vez aprobada debe ser firmada por él, con el «Visto Bueno» del Presidente, salvo que se trate de acta notarial.

La eficacia del acuerdo de la Junta general tiene como presupuesto que la voluntad social se haya formado dentro de los cauces de la legalidad. El sometimiento de todos los socios a la voluntad de la mayoría decae cuando se produce una declaración judicial que invalida el acuerdo. De manera que los accionistas que no votaron a favor del acuerdo, cualquier accionista si el acuerdo es contrario a la Ley y otras personas interesadas tienen la facultad de solicitar del órgano judicial competente la revisión de la legalidad del acuerdo y que declare su invalidez.

T.23 – LOS ADMINISTRADORES

COMPETENCIA Y FORMAS DE ORGANIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

A) Competencia de los administradores

Corresponde a los administradores la gestión y la representación de la sociedad. La administración social comprende la realización de un conjunto de actos, de diversa naturaleza, tendentes a la consecución del objeto social.

El órgano dedicado a la administración de la sociedad es necesario, precisamente por tener conferida la gestión y la representación de la sociedad. Su actuación es precisa, como se ha dicho, para la realización del objeto social, que implica una actividad que por regla general es el ejercicio de una actividad empresarial, que en gran medida depende de la labor de los administradores. Pero al propio tiempo han de ocuparse de la organización de la sociedad, de su relación con los accionistas y del funcionamiento de los demás órganos de la sociedad.

Dentro de la estructura compleja de la organización de la sociedad anónima, los administradores tienen un campo competencial que, aun cuando se ha dicho que es general, ha de considerarse autónomo respecto a los demás órganos sociales. Ciertamente, la Junta general nombra a los administradores, puede acordar su separación en cualquier momento y, en principio, los administradores han de cuidar de la ejecución de los acuerdos de la Junta general. Sin embargo, en tanto en cuanto los administradores ocupan su puesto han de ejercer sus funciones relativas a la gestión de la sociedad sin interferencias de la Junta general.

B) Formas de organizar la administración

La Ley desea que los estatutos precisen «la estructura del órgano al que se confía la administración de la sociedad, determinando los administradores a quienes se confiere el poder de representación, así como su régimen de actuación, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley y en el Reglamento del Registro Mercantil. Precisamente este Reglamento ha indicado, de manera concreta, la estructura que puede asumir el órgano al que se confía la administración, de la siguiente forma:

- a) A un administrador único.
- b) A varios administradores que actúen solidariamente.
- c) A dos administradores que actúen conjuntamente.
- d) A un Consejo de administración integrado por un mínimo de tres miembros.

PRINCIPIOS GENERALES SOBRE EL RÉGIMEN DE LOS ADMINISTRADORES

A) Capacidad y prohibiciones para ser administrador

Para ser nombrado administrador no se requiere la cualidad de accionista, salvo que los estatutos dispongan lo contrario, y pueden serlo tanto una persona física como jurídica (pero en este caso no puede inscribirse su nombramiento en el Registro Mercantil en tanto no conste la identidad de la persona física que haya designado como representante suyo para el ejercicio de las funciones propias del cargo).

Los administradores que incurran en incapacidad o estén sometidos a alguna prohibición, deben ser destituidos inmediatamente a petición de cualquier accionista. También deben cesar, previo acuerdo de la Junta general y a petición de cualquier socio, los administradores que lo fueran de otra sociedad competidora o que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad.

B) Nombramiento

El nombramiento de los administradores corresponde a la Junta general, que puede también designar su número, cuando los estatutos establezcan solamente el máximo y el mínimo. Caso especial concurre cuando

se constituye la sociedad, ya que han de figurar en la escritura de constitución los primeros administradores.

Los administradores ejercerán su cargo durante el plazo que señalen los estatutos sociales, el cual no podrá exceder de 5 años. Podrán ser reelegidos una o más veces por períodos de igual duración máxima. Si la Junta general no hubiera fijado plazo en el momento del nombramiento del administrador, se entenderá efectuado por el plazo máximo legal, salvo que los estatutos establezcan otro menor.

Los administradores deben aceptar el nombramiento. La aceptación pueden hacerla en la propia Junta general o en un momento posterior y desde el instante de la aceptación el nombramiento produce sus efectos, no pudiéndose inscribir los administradores en el Registro Mercantil en tanto no conste su aceptación. La presentación del nombramiento de los administradores a inscripción en el Registro Mercantil debe efectuarse precisamente dentro de los 10 días siguientes a su aceptación, haciéndose constar todos los datos precisos para la identidad de los nombrados y la fecha de.

El principio del nombramiento de los administradores por la Junta general sufre importantes excepciones en el caso del Consejo de administración. También es una situación excepcional el supuesto del nombramiento por el Juez de uno o varios administradores judiciales. Esta designación puede producirse también cuando, estando embargado el patrimonio de la Sociedad o la mayoría de sus acciones, el Juez lo estima conveniente en salvaguardia del interés general.

El RR.M. vigente ha previsto que, salvo disposición contraria de los estatutos, la Junta general pueda nombrar uno o varios suplentes para el caso de que cesen por cualquier causa uno o varios administradores determinados o todos ellos.

C) Ejercicio del cargo

Los administradores han de desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal.

Los administradores están obligados a cumplir una serie de deberes impuestos por la Ley: deben guardar secreto sobre las informaciones de carácter confidencial, aun después de cesar en sus funciones.

D) Cese de los administradores

Las causas de cese de los administradores pueden resumirse de la siguiente forma:

- Por transcurso del tiempo para el que fueron nombrados si no son debidamente reelegidos.
- Por acuerdo de la Junta general de destitución del administrador.
- Porque la Junta acuerde promover la acción de responsabilidad contra los administradores, o transigir sobre ella en cuanto que tal acuerdo determina la destitución de los administradores afectados.
- Por disolución de la sociedad una vez que se abre el período de liquidación, ya que a partir de ese momento los liquidadores asumen sus funciones.
- Por dimisión del administrador, que se considera como un acto jurídico unilateral, que ha de notificar a la sociedad.
- Muerte del administrador si es persona física, o su disolución si es jurídica.
- Porque así lo acuerde el Juez, en los casos previstos.
- Con relación a determinadas sociedades anónimas especiales (bancarias, seguros, etc.), cuando lo acuerde la Administración Pública conforme a su régimen respectivo.

El cese de los administradores debe hacerse constar en el Registro.

E) Poder de representación de los administradores

Los administradores tienen atribuida la representación de la sociedad. Su representación se califica como orgánica en cuanto que constituye un instrumento necesario para que la sociedad pueda manifestar externamente su voluntad y ejecutar los actos necesarios para el desarrollo de su actividad, de forma que los actos de los administradores, cuando actúan en la forma y dentro de los límites establecidos por la ley al regular su poder de representación, se consideran como actos de la propia sociedad. A los efectos de estudiar este régimen conviene distinguir entre titularidad del poder de representación y ámbito de ese poder.

a) Titularidad del poder de representación

Los estatutos han de indicarnos qué administradores tienen el poder de representación, o, si se quiere, quiénes son los titulares de ese poder, así como su régimen de actuación (es decir, si pueden actuar por sí solos o necesitan hacerlo conjuntamente) de conformidad con las siguientes reglas:

1. En el caso de administrador único, el poder de representación corresponderá necesariamente a éste.
2. En caso de varios administradores solidarios, el poder de representación corresponde a cada administrador.
3. En el caso de dos administradores conjuntos, el poder de representación se ejercitará mancomunadamente.
4. En el caso del Consejo de administración, el poder corresponde al propio Consejo, que actuará colegiadamente. No obstante, los estatutos podrán atribuir el poder de representación a uno o varios miembros del Consejo a título individual o conjunto.

b) Ámbito del poder de representación

El ámbito del poder de representación de los administradores titulares del poder de representación es amplio e inderogable. La L.S.A. ha indicado la extensión de ese poder y que las limitaciones que puedan establecerse al mismo tendrán un efecto puramente interno pero no frente a terceros. No podrán inscribirse en el Registro Mercantil las enumeraciones de facultades del órgano de administración que sean consignadas en los estatutos.

La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos. Además 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 Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social. Lo que implica la primacía de la tutela del tercero de buena fe que contrata con la sociedad, sin perjuicio de que la actuación de los administradores pueda generar, en su caso, una responsabilidad frente a la sociedad. Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros. Las eventuales limitaciones establecidas en los estatutos tendrán exclusivamente una eficacia interna, pero no afectarán al ámbito de poder de representación de la sociedad frente a terceros.

F) Remuneración de los administradores

La retribución de los administradores –si existe– deberá ser fijada por los estatutos. Si los estatutos guardan silencio sobre la retribución de los administradores ha de entenderse que el cargo es gratuito. En el caso de que los estatutos fijen un sistema de retribución para los administradores, salvo disposición contraria contenida en ellos, la retribución que les corresponda será igual para todos ellos.

Cuando la remuneración de los administradores consista en una participación en los beneficios, antes de producirse esta detracción será preciso que se haya podido atender a la constitución de la reserva legal y de la estatutaria, y haberse reconocido a los accionistas un dividendo del 4% o el tipo más alto que los estatutos hayan establecido. Lo que presupone que, aun cuando la retribución de los administradores derive de los

estatutos, será preciso que la junta haya acordado una distribución de beneficios.

Si la remuneración consiste en la entrega de acciones de la sociedad (o de otra vinculada) o de una opción con relación a esas acciones, aparte de la necesidad general de que esta forma de remuneración esté prevista en los estatutos sociales, se requiere además un acuerdo específico de la Junta.

G) Responsabilidad de los administradores

La responsabilidad de los administradores nace cuando, habiendo infringido sus deberes, han causado daño bien directamente o indirectamente a la sociedad, los intereses de los socios o los terceros. Puede surgir así una acción social de responsabilidad en el primer caso, esto es, cuando se ha producido un daño a la sociedad, o una acción individual de responsabilidad cuando se han lesionado directamente los intereses de los socios o de los terceros.

El régimen de la responsabilidad civil de los administradores tiene como función esencial el cuidar de que éstos cumplan, con la diligencia debida, las obligaciones y deberes que se les impone por el Ordenamiento jurídico, de forma que si mediante un acto ilícito causan un daño están obligados a resarcirlo.

a) Presupuestos de la responsabilidad

Que los administradores causen un daño, que en el caso de que se quiera ejercitar la acción social de responsabilidad, se exige que tal daño sea sufrido precisamente por la propia sociedad. Que los administradores hayan incumplido sus obligaciones «por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo»; se exige no sólo el incumplimiento de los deberes legales o estatutarios impuestos a los administradores, sino que tal incumplimiento ha de ser culposo, en el sentido de que deben haber incurrido en la falta de diligencia con la que los administradores han de desempeñar su cargo. El tercer presupuesto de la responsabilidad de los administradores radica en la necesidad de la existencia de una relación de causalidad entre el acto ilícito de los administradores y el daño.

b) Responsabilidad solidaria de los miembros del órgano administrativo

Responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o conociéndola hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.

Casos de posible exoneración de esa responsabilidad de alguno de sus miembros:

a) Cuando el admor, ausente de la reunión donde se adoptó el acuerdo lesivo, desconozca su existencia; desconocimiento que ha de referirse tanto al momento anterior a la reunión como al posterior;

b) Que en el supuesto de que el admor conozca la existencia del acuerdo lesivo, hizo «todo lo conveniente para evitar el daño»;

c) Que el miembro del Consejo de administración, al menos, se opusiera expresamente al acuerdo lesivo.

c) Acto de los administradores y acuerdo de la Junta general

En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta general.

d) Acción social de responsabilidad

Esta acción tiene como presupuesto que el daño se haya causado a la sociedad y tiende, por tanto, a la defensa de los intereses sociales. Esta acción puede ser ejercitada, en primer lugar, por la propia sociedad; a falta de esta actuación, por los accionistas, y, por último, por los acreedores.

1. La sociedad entablará la acción de responsabilidad contra los administradores previo acuerdo de la Junta general, que puede ser adoptado aunque no conste en el orden del día. El acuerdo de promover la acción de responsabilidad determina la destitución de los administradores afectados.

2. Los accionistas que representen al menos el 5% del capital social podrán ejercitar la acción de responsabilidad contra los administradores, siempre en defensa de los intereses sociales, en los siguientes supuestos: a) Cuando solicitada la convocatoria de la Junta general con el fin de que decida sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad, ésta no fuera convocada por los administradores; b) Cuando la sociedad no entablare la acción de responsabilidad, dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de la adopción del correspondiente acuerdo; y c) Cuando éste hubiera sido contrario a la exigencia de responsabilidad.

3. Los acreedores de la sociedad podrán ejercitar la acción social de responsabilidad contra los administradores cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o sus accionistas, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos.

e) Acción individual de responsabilidad

Esta acción presupone que se han lesionado directamente los intereses de los socios o de los terceros por actos de los administradores. Son presupuestos para el ejercicio de la acción individual contra los administradores: a) el daño directo a los socios o a los terceros; b) que se trate de un acto de los administradores en el ejercicio de su cargo; c) ilicitud de la acción u omisión de los administradores, que se ha medido por la jurisprudencia con los mismos cánones que en el caso de la acción social; d) relación de causalidad entre el acto ilícito del administrador y el daño sufrido por el socio o el tercero.

f) Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales en supuestos especiales

La L.S.A. impone responsabilidad solidaria de los administradores que incumplan la obligación legal de convocar en el plazo de 2 meses la Junta general para que acuerde, en su caso, su disolución si han concurrido las causas indicadas por la ley, o cuando no habiendo adoptado la junta convocada el acuerdo de disolución, los administradores no la soliciten judicialmente.

EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

A) Noción

El Consejo de administración es un órgano colegiado que ha de actuar mediante acuerdos, y al que se confiere la facultad de administrar y representar la sociedad. Se constituye necesariamente cuando la administración se confía conjuntamente a más de dos personas. No es válida la cláusula que exija la unanimidad para la adopción de ciertos acuerdos.

B) Nombramiento de los administradores

Cuando existe Consejo de administración rige el principio de que corresponde a la Junta el nombramiento de sus miembros, que tienen la consideración de administradores. La propia Junta ha de determinar su número cuando los estatutos establezcan solamente, como es costumbre, el máximo y el mínimo de ellos. Sin embargo, con relación al nombramiento de los administradores surgen dos especialidades, que alteran en cierto sentido el principio de su designación por la Junta general. Éstas son el nombramiento por cooptación y la posibilidad de que la minoría designe a sus representantes en el Consejo.

a) Nombramiento por cooptación

Si durante el plazo para el que fueron nombrados los administradores se produjesen vacantes en el Consejo, éste podrá designar entre los accionistas las personas que hayan de ocuparlas hasta que se reúna la Junta general.

b) Sistema proporcional

Consiste en la posibilidad de que accedan al Consejo no sólo los representantes de la mayoría, sino también los de la minoría. El dº al nombramiento de miembros del Consejo de Administración por este procedimiento puede ejercitarse para la provisión de las vacantes existentes en ese órgano, cualquiera que sea su número. Dicho nombramiento se efectuará por los accionistas agrupados con dº a voto siempre que, claro está, lleguen a alcanzar el cociente del que habla el artículo 137 de la Ley y ejerciten su dº con motivo de la celebración de la Junta general.

El vocal nombrado por la minoría ha de considerarse como miembro del Consejo de administración con las mismas facultades y deberes que los demás miembros. Sin embargo, con relación a su cese ha de estimarse que no puede ser acordado por la mayoría de la Junta general sin justificación alguna, ya que para que la mayoría pueda acordar su cese debe concurrir justa causa.

C) Funcionamiento del Consejo de administración

El Consejo de administración ha de funcionar mediante la adopción de acuerdos, si bien, para un desarrollo mejor de su actividad administrativa normalmente delega bien en un órgano más reducido (una Comisión delegada o ejecutiva) o en una o más personas (denominados Consejeros delegados) buena parte de sus facultades de gestión y representación.

a) Regulación del funcionamiento del Consejo

La Ley dicta normas sobre el funcionamiento del Consejo, cuyo contenido se ha de completar por los estatutos, ya que en ellos ha de constar necesariamente el modo de deliberar y de adoptar sus acuerdos el Consejo, pudiendo incluirse también las normas de convocatoria y constitución del Consejo y, en su caso, de la Comisión ejecutiva, así como de las demás reglas de funcionamiento interno del órgano. Pero si los estatutos no disponen otra cosa, el Consejo de administración podrá regular su propio funcionamiento, designar a su Presidente y demás cargos del Consejo (Vicepresidentes, Secretarios o Vicesecretarios) y aceptar la dimisión de los Consejeros.

b) Constitución y adopción de acuerdos por el Consejo

El Consejo ha de reunirse para tomar acuerdos. Con relación al régimen de constitución y adopción de acuerdos podemos señalar las siguientes cuestiones:

1. La convocatoria de la reunión ha de hacerse por el Presidente o el que haga las veces, siempre que el presi no pueda hacerlo.
2. Para la constitución válida del Consejo deben concurrir a la reunión, presentes o representados, la mitad más uno de sus componentes.
3. Los acuerdos se adoptarán por mayoría absoluta de los Consejeros concurrentes a la sesión. Se puede conferir por los Estatutos al Presidente del Consejo el voto dirimente en el caso de empate.
4. La votación por escrito y sin sesión sólo será admitida cuando ningún Consejero se oponga a este

procedimiento.

5. Las discusiones y acuerdos del Consejo se llevarán a un libro de actas que serán firmadas por el Presidente y el Secretario y si falta alguna de ellas habrá de ser sustituida por alguna persona que tenga su nombramiento inscrito en el Registro Mercantil.

e) Delegación de las facultades administrativas

El Consejo tiene que delegar parte de las facultades administrativas (no las de organización del Consejo), lo que se impone también por el hecho de corresponderle la representación de la sociedad.

El Consejo puede designar de su seno una Comisión ejecutiva o uno o más Consejeros-Delegados, sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona. Sin embargo, en ningún caso podrá ser objeto de delegación la rendición de cuentas y la presentación de balances a la Junta general. Tampoco podrá delegar las facultades que ésta conceda al Consejo, salvo que fuese expresamente autorizado por ella, ni, por supuesto, los de su propia.

El acuerdo de delegación de facultades administrativas ha de inscribirse en el Registro Mercantil, en el que se hará constar el nombramiento de los miembros de la Comisión ejecutiva o Consejeros delegados, y la enumeración particularizada de las facultades que se deleguen o bien la expresión de que se delegan todas las facultades legal y estatutariamente delegables. El Consejero delegado o los miembros de la comisión ejecutiva no sólo cesan cuando así lo acuerda el Consejo de administración, sino cuando por cualquier causa cesan como administradores.

La delegación no implica que el Consejo pierda las facultades delegadas, sino que surge un órgano (unipersonal en el caso de Consejero delegado, o colegiado en el caso de Comisión ejecutiva) que tiene unas facultades en parte paralelas y en parte concurrentes. Ahora bien, el Consejo tiene, además de las facultades propias, la de vigilar la actuación de los delegados.

Los acuerdos del Consejo de administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración podrán impugnarse, siempre que se estime que son nulos o anulables.

T.24 – MODIFICACIÓN DE LOS ESTATUTOS, AUMENTO Y REDUCCIÓN DEL CAPITAL SOCIAL

CONDICIONES DE LA MODIFICACIÓN

A) Requisitos de la modificación

La modificación de los estatutos sociales puede consistir en una nueva redacción de artículos que constan en ellos, en la adición de algunos nuevos o en la derogación o supresión de ciertos artículos. En todo caso, para que se lleve a cabo la modificación es preciso que la Junta general adopte el correspondiente acuerdo, ya que, como sabemos, es el órgano competente para ello.

Requisitos para la modificación:

1.º Que en la convocatoria se expresen, con la debida claridad, los extremos que hayan de modificarse, en cuanto que delimitan el ámbito de actuación de la Junta general respecto a la modificación propuesta.

2.º Que los administradores o, en su caso, los accionistas autores de la propuesta formulen un informe escrito con la justificación de la misma; informe que completa el alcance de la convocatoria, pues ha de referirse a todos los puntos de la modificación propuesta que se van a someter a la deliberación de la Junta; informe en el

que ha de constar su fecha, precisamente porque su redacción debe ser anterior, por supuesto, a la convocatoria de la Junta.

3.º Que en el anuncio de la convocatoria se haga constar el dº que corresponde a todos los accionistas de examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta y del informe sobre la misma y de pedir la entrega o el envío gratuito de dichos documentos.

4.º Que el acuerdo sea adoptado por la Junta con el quórum y las mayorías previstos para los supuestos esenciales, que se haga constar en escritura pública y se inscriba en el Registro Mercantil.

B) Inscripción del acuerdo en el Registro Mercantil

Adoptado el acuerdo de modificación, éste ha de hacerse constar en escritura pública, que se inscribirá en el Registro Mercantil y se publicará en el Boletín Oficial del propio Registro. En la escritura se harán constar, además de los requisitos de carácter general, un conjunto de menciones, entre las que se encuentran la transcripción literal de la nueva redacción de los artículos de los estatutos que se modifican o adicionan, así como, en su caso, la expresión de los artículos que se derogan o sustituyen, además de la constancia expresa de que se han cumplido todos los requisitos.

La modificación sólo será oponible a terceros de buena fe desde su publicación en el B.O.R.M.E.

El cambio de denominación, el de domicilio, la sustitución o cualquier modificación del objeto social, deben anunciarse una vez adoptados los correspondientes acuerdos en 2 periódicos de gran circulación en la provincia o provincias respectivas antes de su inscripción en el Registro Mercantil. Sin esta publicidad tales modificaciones no podrán inscribirse en el Registro Mercantil.

PROTECCIÓN ESPECIAL DE LOS ACCIONISTAS EN CIERTOS CASOS

El contenido del acuerdo de modificación de los estatutos, no puede ser contrario a la Ley, ya que serían acuerdos nulos. La modificación debe respetar, dentro de ciertos límites, la situación jurídica del accionista en el seno de la sociedad, y respecto a esto, la Ley ha querido otorgar una especial protección a los accionistas en algunos casos.

A) Límites al establecimiento de nuevas obligaciones

Cualquier modificación estatutaria que implique nuevas obligaciones para los accionistas no puede adoptarse sin la aquiescencia de los interesados. De forma que tal acuerdo ha de ser aprobado por todos los socios que formen la sociedad y les afecte directamente.

Igualmente la creación, la modificación y la extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias requerirá el consentimiento de los interesados, ya que la modificación de las prestaciones accesorias puede afectar no sólo a los socios que han de efectuarlas, sino también a quienes de ellas se benefician.

B) Establecimiento de restricciones a la transmisibilidad de las acciones

Cuando la modificación estatutaria consiste en restringir o condicionar la transmisibilidad de las acciones nominativas, tal modificación habrá de respetar los preceptos de la Ley que las regulan. Pero aun cuando sean válidas las cláusulas que las establecen, los accionistas afectados que no hayan votado a favor de tal acuerdo no quedarán sometidos a él durante un plazo de 3 meses a contar desde la publicación del acuerdo en el BORME.

C) Sustitución del objeto social

El acuerdo de modificación de estatutos que implique una sustitución del objeto social entraña la posibilidad de que los accionistas que no hayan votado a favor del acuerdo, dentro de los cuales se comprende a los accionistas sin voto, puedan separarse de la sociedad (dº de separación). El ejercicio de este dº de separación implica que la sociedad ha de reducir el capital social. En el acuerdo de sustitución del objeto social se entenderá comprendido el de reducción de capital social en la medida necesaria para el reembolso de las acciones de quienes ejerzan el dº de separación de la sociedad.

La doctrina de la D.G.R.N. estima que no puede considerarse ampliado el objeto social mediante una mayor concreción o especificación de sus actividades que lo integran.

D) Cambio de domicilio

El cambio de domicilio social únicamente requerirá acuerdo de la Junta general cuando el domicilio se traslade fuera del término municipal. Pero si el cambio de domicilio es dentro del mismo municipio, salvo disposición contraria de los estatutos, podrá acordarse por los administradores de la sociedad, que harán constar ese cambio en escritura pública, que se inscribirá en el Registro Mercantil, tras producirse los anuncios previstos por la Ley para estos supuestos

Si se traslada al extranjero el domicilio de la sociedad, sólo podrá adoptarse el acuerdo por la Junta general cuando exista un convenio internacional vigente en España que lo permita con mantenimiento de la misma personalidad jurídica. Los accionistas que no han votado a favor del acuerdo de traslado del domicilio de la sociedad al extranjero tienen dº de separación en los mismos términos que en el caso de sustitución del objeto social

E) Modificación perjudicial a una clase de acciones

Cuando la modificación de los estatutos lesione directa o indirectamente los dchos de una clase de acciones será preciso, además del acuerdo de la Junta general, que la modificación haya sido aprobada por la mayoría de los accionistas pertenecientes a la clase afectada, bien en Junta especial, bien en votación separada en la Junta general. En todo caso, el acuerdo de los accionistas afectados habrá de adoptarse con los mismos requisitos que los establecidos para los acuerdos de modificación de estatutos.

AUMENTO DE CAPITAL

A) Consideraciones preliminares

El aumento del capital social y su reducción constituyen supuestos de modificación de estatutos a los que la Ley presta especial atención. La cifra del capital social permanece invariable mientras no se produzca una modificación de los estatutos cumpliendo los requisitos precisos. Se trata de una modificación de la cifra formal, que en algunos casos puede que no implique modificación del patrimonio neto de la sociedad. Pero frecuentemente la modificación de la cifra del capital social lleva consigo una alteración del patrimonio de la sociedad.

B) Enunciación de las clases de aumento

Las modalidades de aumento de capital se pueden clasificar según varios criterios:

1. Según se realice el aumento «por emisión de nuevas acciones o por elevación del valor nominal de las ya existentes».

2. Según se tenga en cuenta el contravalor del aumento de capital, q puede consistir «tanto en nuevas aportaciones dinerarias o no dinerarias al patrimonio social, como la transformación de reservas o beneficios que ya figuraban en dicho patrimonio».

3. Según el órgano que acuerda el aumento. La regla gral es que sea acordado por la Junta general. Pero, cabe la posibilidad de que la propia Junta delegue en los administradores, y que éstos sean los que acuerden el aumento (caso del llamado capital autorizado), que no debe confundirse con la delegación de la Junta a los administradores de que precisen ciertos puntos para la ejecución de un acuerdo de aumento que ella ya ha adoptado.

C) Requisitos generales del aumento de capital

a) Adopción del acuerdo

El acuerdo de aumento de capital ha de adoptarse por la Junta general con los requisitos establecidos para la modificación de estatutos. Además, en determinadas modalidades de aumento de capital, será necesario también poner a disposición de los accionistas en el momento en que se publica la convocatoria un informe más completo de los propios administradores, así como el informe del experto en el caso de aumento con aportaciones no dinerarias o, en su caso, del auditor cuando el aumento sea por compensación de créditos o con cargo a reservas.

b) El llamado capital autorizado

Se habla de capital autorizado cuando la Junta general faculta a los administradores para que sean ellos los que acuerden, si lo estiman conveniente, el aumento del capital social. Son los propios administradores los que quedan facultados para decidir, sin previa consulta a la Junta general, la oportunidad y la cuantía del aumento.

Los poderes de la Junta general para acordar la delegación a los administradores para que acuerden el aumento de capital están sometidos por la Ley a ciertos límites: *a)* unos límites cuantitativos, que vienen determinados 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; *b)* temporales, ya que los acuerdos de los administradores de aumentar el capital han de efectuarse dentro del plazo máximo de 5 años a contar del acuerdo de la Junta; *c)* que los aumentos que los administradores acuerden han de ser mediante aportaciones dinerarias.

c) Ejecución del aumento

Tras el acuerdo de aumento de capital social, éste habrá de ejecutarse bien mediante la suscripción de las nuevas acciones o la asignación de éstas a los accionistas. En todo caso, el valor de cada una de las acciones de la sociedad, una vez aumentado el capital, habrá de estar desembolsado en un 25% como mínimo.

En el acuerdo de la Junta general podrán haberse detallado todas las condiciones del aumento, la cuantía del mismo, plazos, etc. Pero es posible que en algunos puntos se haya delegado su concreción a los administradores, que en todo caso han de cuidar de la ejecución del acuerdo. La delegación puede referirse a señalar la fecha en que el aumento, ya acordado, debe llevarse a efecto y en fijar otras condiciones no previstas en el acuerdo de la Junta general. El plazo para el ejercicio de esta facultad delegada no podrá exceder de 1 año, excepto en el caso de conversión de obligaciones en acciones.

El acuerdo de aumento de capital podrá prever que en el caso de suscripción incompleta de las nuevas acciones, el capital se aumentará en la cuantía de las suscripciones efectuadas sólo si las condiciones de la emisión hubieran previsto expresamente esta posibilidad. Si no se ha previsto esta posibilidad, una vez que haya formalizado el período de suscripción sin haberse completado ésta, se anunciará en el BORME y se

restituirá dentro del mes siguiente el importe de la suscripción a aquellos que la hubieran efectuado o se depositarán las aportaciones realizadas.

d) Inscripción del aumento

El acuerdo de aumento de capital social y la ejecución del mismo deberán inscribirse simultáneamente en el Registro Mercantil. La regla gral es q no podrá inscribirse el acuerdo de aumento de capital en tanto no se encuentre debidamente ejecutado. Como excepción, en el caso de las sociedades cotizadas podrá inscribirse el aumento del capital antes de la ejecución del acuerdo siempre que concurran las circunstancias de que la emisión de las nuevas acciones hubiera sido autorizada o verificada por la C.N.M.V. y que en el acuerdo se hubiera previsto expresamente la suscripción incompleta.

Si pasado el plazo de 6 meses desde q se abrió el plazo de suscripción del aumento no se hubieran dado para su inscripción los documentos acreditativos de la ejecución del mismo, los suscriptores podrán pedir la restitución de las aportaciones realizadas y, si el retraso fuera imputable a la sociedad, además podrán pedir el interés legal de su importe. Pero si los suscriptores no piden la restitución de las aportaciones podrá efectuarse la inscripción del aumento aun después del plazo de los 6 meses.

D) Requisitos especiales según el contravalor del aumento

a) Aumento con aportaciones dinerarias

Para todo aumento de capital cuyo contravalor consista en nuevas aportaciones dinerarias al patrimonio social, será requisito previo, salvo para las sociedades de seguros, el total desembolso de las acciones anteriormente firmadas. No obstante, podrá realizarse el aumento si existe una cantidad pendiente de desembolso que no exceda del 3% del capital social. El requisito previo del total desembolso de las acciones anteriormente emitidas debe figurar inscrito en el Registro. Las cantidades aportadas como consecuencia del aumento pueden ser aplicadas en la forma que sea necesaria, incluso para cancelar las deudas de la sociedad.

b) Aumento con aportaciones no dinerarias

Ha de tenerse en cuenta:

1. Ha de elaborarse un informe por uno o varios expertos independientes designados por el Registrador mercantil.
2. Los administradores deberán poner a disposición un informe en el que se describan con detalle las aportaciones proyectadas, las personas que hayan de efectuarlas, el nº y valor nominal de las acciones que hayan de entregarse y las garantías adoptadas según la naturaleza de los bienes en que la aportación consista.
3. Las acciones deberán estar totalmente liberadas en el plazo máximo de 5 años a partir del acuerdo de aumento.

c) *Aumento por compensación de créditos*

Sólo podrá realizarse un aumento de capital por compensación de créditos cuando concurran los siguientes requisitos:

1. Que al menos un 25% de los créditos a compensar sean líquidos, vencidos y exigibles, y que el vencimiento de los restantes no sea superior a 5 años, debiendo expresarse el nombre de los acreedores y la fecha en que fueron contraídos los créditos por la sociedad.

2. La puesta a disposición de los accionistas de una certificación del auditor sobre la veracidad de los datos ofrecidos por los administradores sobre los créditos en cuestión. Si la sociedad no tiene auditor el informe ha de ser redactado por el auditor nombrado por el Registrador mercantil a petición de los administradores.

El régimen especial rige para el supuesto de la conversión de obligaciones en acciones.

d) Aumento con cargo a reservas

Para el aumento de capital con cargo a reservas podrán utilizarse las reservas disponibles, las primas de emisión y la reserva legal en la parte que exceda del 10% del capital ya aumentado. Tales reservas han de figurar en un balance, debidamente verificado por los auditores y aprobado dentro de los 6 meses inmediatamente anteriores al acuerdo de aumento de capital. En la escritura pública que documente el acuerdo deberán incorporarse el balance y el informe de los auditores.

E) La emisión de nuevas acciones: el dº de suscripción preferente

Una de las clases de aumento de capital más frecuente es la que lleva consigo la emisión de nuevas acciones. Las nuevas acciones podrán ser asignadas a los antiguos accionistas si el aumento se efectúa completamente con cargo a reservas, o bien ofrecidas a suscripción, bien a los accionistas o a los terceros.

a) dº de suscripción preferente

El dº de suscripción preferente de las acciones es 1 de los dos q como mínimo confiere la acción, salvo en los casos previstos x la Ley.

1. El dº de suscripción preferente se otorga a los antiguos accionistas y a los titulares de obligaciones convertibles en los aumentos de capital social con emisión de nuevas acciones. Este dº habrá de ejercitarse dentro del plazo que conceda la administración de la sociedad, que no será inferior a 15 días desde la publicación del anuncio de la oferta en el B.O.R.M.E. en el caso de las sociedades cotizadas, y de 1 mes en el resto.

El contenido del dº de suscripción preferente es el poder suscribir un nº de acciones proporcional al valor nominal de las que posean o de las que corresponderían a los titulares de obligaciones convertibles de ejercitar en ese momento la facultad de conversión.

2. Si los accionistas no ejercitan por completo el dº de suscripción preferente con relación a las nuevas acciones, produciéndose una suscripción incompleta del aumento de capital, cabrá alguna de estas soluciones:

a) Aumentar el capital en la cuantía de las suscripciones efectuadas, si las condiciones de la emisión lo hubieran previsto expresamente;

b) Desistir de la operación y restituir a los suscriptores las aportaciones que hubieren realizado;

c) Hacer una 2ª vuelta de suscripción entre los accionistas o los 3ºs con el fin de completar el aumento. Deben poder participar en esa 2ª vuelta todos los socios q lo deseen, o al menos todos los q han decidido suscribir acciones en la 1ª vuelta.

3. El dº de suscripción preferente se excluye en determinados supuestos (cuando el aumento se efectúa con cargo a reservas y hay asignación gratuita de las acciones a los antiguos accionistas, y cuando el aumento de capital se deba a conversión de obligaciones en acciones o a la absorción de otra sociedad o de parte del patrimonio escindido de otra sociedad) y tb puede excluirse cuando lo acuerde la Junta general. La Ley prevé que la Junta general, en los casos en que el interés de la sociedad así lo exija, podrá acordar, al decidir el

aumento del capital, la supresión total o parcial del dº de suscripción preferente. Esta supresión se hará normalmente cuando el contravalor del aumento sea mediante aportaciones no dinerarias, pero tb puede acordarlo la sociedad en otros supuestos.

Para la validez del acuerdo de la Junta general en el que se suprime total o parcialmente el dº de suscripción preferente será preciso que se cumpla lo siguiente:

- a) Que en la convocatoria de la Junta se hayan hecho constar la propuesta de supresión del dº de suscripción preferente y el tipo de emisión de las nuevas acciones;
- b) Que el informe de los administradores justifique detalladamente la propuesta y que los auditores redacten un informe sobre ella;
- c) Que el valor nominal de las acciones a emitir más, en su caso, el importe de la prima de emisión, se corresponda con el valor real que resulte del informe de los auditores de cuentas de la sociedad.

Si se trata de sociedades cotizadas, surgen algunas normas especiales para el caso de supresión del dº de suscripción preferente. Estas normas son: a) Que el acuerdo de la Junta general puede fijar cualquier precio para las nuevas acciones, siempre que sea superior al valor neto patrimonial de éstas, pudiendo limitarse el acuerdo a establecer el procedimiento para la determinación de ese precio; b) Que la Junta general, en el caso de capital autorizado, delegue también en los administradores la facultad de excluir el dº de suscripción preferente de los accionistas, pero en tal caso el valor de las acciones a emitir corresponda con el valor real.

b) Caso de suscripción de acciones ofrecida al público

Cuando la suscripción de las acciones procedentes del aumento de capital se ofrece al público, ha de comunicarse tal hecho a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, aportando la documentación precisa de la emisión, entre la que debe comprenderse la intervención de los auditores, debiendo además la sociedad presentar a la Comisión un folleto informativo sobre la emisión proyectada, que una vez aprobado ha de ponerse a disposición del público. Además, la suscripción se ha de hacer constar en un documento que, bajo el título de «Boletín de suscripción», se extenderá por duplicado y contendrá las indicaciones previstas en la L.S.A., tendentes no simplemente a precisar las características de la emisión, sino también a identificar a las personas que intervienen en la operación.

En la escritura de aumento de capital se hará constar, además de otras menciones, que se ha realizado la preceptiva comunicación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

REDUCCIÓN DEL CAPITAL

La reducción del capital es una modificación de los estatutos sociales, a la que la Ley presta especial atención, en defensa sobre todo de los acreedores sociales. La competencia para la adopción del acuerdo de reducción del capital social es exclusiva de la Junta general, no pudiéndose delegar en otro órgano social. Sin embargo, en el supuesto de que la reducción fuera necesaria y no lo acordare la Junta, podrá suplirse el acuerdo por una resolución judicial.

A) Clases de reducción de capital social

1. La reducción del capital social podrá tener carácter voluntario u obligatorio.

Voluntario: el acuerdo de la Junta general se deberá a la conveniencia de la propia sociedad, en especial cuando se estime que la cifra del capital social es excesiva para el desarrollo del objeto social.

Obligatorio: de no adoptarse el acuerdo por la Junta general, reconociendo la existencia de esa obligatoriedad, se efectuará la reducción por resolución judicial a instancia de los accionistas o de los administradores. Es obligatoria la reducción del capital social: a) Cuando la Ley obliga a la sociedad a enajenar las acciones propias y se omite tal medida; b) Cuando las pérdidas hayan disminuido el patrimonio neto de la sociedad por debajo de las dos terceras partes del capital social y hubiere transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado.

2. La reducción del capital puede tener los fines siguientes:

a) Devolución de aportaciones de los socios o condonación de los dividendos pasivos que adeuden;

b) Constitución o incremento de la reserva legal o de las voluntarias;

c) Restablecimiento del equilibrio entre el capital y el patrimonio de la sociedad disminuido por consecuencia de las pérdidas. La finalidad de la reducción deberá consignarse en la escritura de reducción del capital.

3. La reducción del capital podrá realizarse mediante la disminución del valor nominal de las acciones, su amortización o su agrupación para canjearlas. La disminución del valor nominal de las acciones afecta por igual a todos los accionistas.

B) Requisitos generales de la reducción de capital

a) Adopción del acuerdo

Deberá acordarse por la Junta general con los requisitos de la modificación de estatutos. El informe de los administradores ha de justificar las causas de la reducción de capital. En el acuerdo se hará constar, junto a la finalidad de la reducción, la cuantía de la misma, el procedimiento mediante el cual la sociedad ha de llevarla a cabo, el plazo de ejecución y, en su caso, la suma que haya de abonarse a los accionistas. El acuerdo ha de recoger también la nueva redacción del artículo de los estatutos sociales relativo a la cifra del capital social y a las acciones.

b) Ejecución de la reducción

Adoptado el acuerdo, ha de ejecutarse teniendo en cuenta la modalidad elegida (devolución de aportaciones, condonación de dividendos pasivos, incremento de la reserva legal, etc.). Ejecución que ha de llevarse a cabo en el plazo fijado en el acuerdo de reducción. El acuerdo ha de publicarse en el BORME y en 2 periódicos de gran circulación en la provincia en que la sociedad tenga su domicilio. A partir de la publicación del último anuncio se abre el período para que los acreedores puedan oponerse a la ejecución de la reducción.

c) *dº de oposición de los acreedores a la ejecución*

La Ley reconoce a ciertos acreedores y en determinados supuestos de reducción de capital social, el dº a oponerse a la ejecución de dicho acuerdo.

Los acreedores carecen de dº de oposición a la reducción de capital en los casos siguientes: **1.º** Cuando la reducción tenga x objeto restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio social disminuido como consecuencia de pérdidas. **2.º** Cuando tenga x finalidad la constitución o el incremento de la reserva legal. **3.º** Cuando la reducción se realice con cargo a beneficios o reservas libres o por vía de amortización de acciones adquiridas a título gratuito.

Son titulares de ese dº los acreedores sociales cuyo crédito haya nacido antes de la fecha del último anuncio del acuerdo de reducción de capital. Los créditos que se encontraren debidamente garantizados no gozarán de

ese dº de oposición. Los créditos vencidos en el momento en que se acuerde la reducción, tb tienen dº a oponerse a que se ejecute ésta, en tanto no sean pagados.

Plazo para ejercerlo: 1 mes a contar desde la fecha del último anuncio del acuerdo de reducción, que no podrá ejecutarse hasta que la sociedad preste garantía satisfactoria para el acreedor. En todo caso se considerará que la garantía es satisfactoria si una entidad de crédito, presta fianza solidaria; garantía q ha de cubrir el importe del crédito del q fuera titular el acreedor y ha de tener una duración hasta que prescriba la acción para exigir el cumplimiento de dicho crédito.

d) Inscripción de la reducción

Ha de inscribirse en el Registro Mercantil, pero no podrán inscribirse los acuerdos de reducción del capital que no se encuentren debidamente ejecutados.

C) Requisitos especiales para algunas modalidades de reducción

a) Reducción para compensar pérdidas o para dotar la reserva legal

No se puede reducir el capital para compensar pérdidas o para dotar la reserva legal cuando existan reservas voluntarias, ya que en tal supuesto las pérdidas deben compensarse o la reserva legal debe dotarse con estas reservas. Tampoco se puede si la reserva legal, una vez efectuada la reducción, excediera del 10% del capital.

Pero puede acordarse la reducción de capital por pérdidas aun cuando existan dividendos pasivos pendientes de desembolso, siempre que la reducción afecte únicamente al capital desembolsado y no a esos dividendos pasivos.

Si la reducción de capital es lícita, deberá efectuarse bajo las siguientes condiciones: a) En el anuncio de la convocatoria de la Junta general deberá indicarse expresamente la finalidad de la reducción; b) El balance que sirva de base para realizar la operación debe estar aprobado por la Junta general y previamente haber sido verificado por los auditores; c) La reducción no puede dar lugar, en ningún caso, a reembolsos o condonación de dividendos pasivos a los accionistas; d) El excedente del activo sobre el pasivo que resulte de la reducción ha de atribuirse necesariamente a la reserva legal, sin que ésta pueda superar, a tales efectos, la décima parte de la nueva cifra del capital; e) Hasta que la reserva legal no alcance el 10% del nuevo capital, la sociedad no podrá repartir dividendos.

En la escritura referente a estas modalidades de reducción se expresará que la reducción se ha realizado sobre la base de un balance verificado y aprobado, indicando el nombre del auditor y la fecha de la verificación. El balance, junto al informe, se incorporará a la escritura, haciéndose constar en la inscripción en el Registro Mercantil el nombre del auditor y las fechas de verificación y aprobación del balance.

b) Reducción y aumento simultáneos

La Ley se ha referido expresamente a un caso de acuerdo de reducción del capital por la existencia de pérdidas, como previo al aumento simultáneo del capital necesario para el funcionamiento de la sociedad. Esta operación, llamada en la terminología de los negocios «acordeón», ha sido utilizada con cierta frecuencia en la práctica.

El T.S., con criterio discutible, había afirmado bajo el régimen de la L.S.A. de 1951 que no era válido el acuerdo mayoritario de la Junta de reducir el capital a cero y que la propia Junta acordara simultáneamente un aumento de capital, porque esto debía hacerse por acuerdo unánime de los socios.

La Ley ha centrado su atención en el supuesto de que la operación se refiera al caso en que las pérdidas hayan

consumido todo el capital social, de manera que la reducción haya de hacerse a cero, con el posterior acuerdo de aumento, y ha admitido la validez del acuerdo de reducción del capital social a cero o por debajo de la cifra mínima legal (esto es, de diez millones de pesetas, arto 4) Y la adopción simultánea de un acuerdo de aumento de capital, bajo las siguientes condiciones: a) El capital ha de aumentarse hasta una cantidad igual o superior a la cifra mínima legal; b) Ha de respetarse en todo caso el dº de suscripción preferente de los accionistas; e) La eficacia del acuerdo de reducción queda condicionada a la ejecución del acuerdo de aumento de capital(d) La inscripción del acuerdo de reducción en el Registro Mercantil ha de practicarse al mismo tiempo que la del acuerdo de aumento y su ejecución.

Este régimen es aplicable a otros casos en los que haya de combinarse la reducción del capital por pérdidas con un simultáneo acuerdo de aumento de capital. Operación que ha de considerarse como única cumpliendo las condiciones que anteriormente han quedado apuntadas.

c) Reducción por debajo del capital mínimo

La Ley prohíbe que pueda acordarse una reducción del capital social que implique situar a éste por debajo de la cifra mínima legal, ya que se situaría a la sociedad en una causa de disolución. Ahora bien, es posible ese acuerdo de reducción de capital siempre que simultáneamente se acuerde la transformación de la sociedad, siguiendo condiciones similares a las previstas por la Ley en el caso de reducción y aumento de capital simultáneos.

Si el acuerdo de transformación de la sociedad anónima es a una sociedad de responsabilidad limitada, será preciso que se respete el capital mínimo de esta sociedad.

d) Reducción mediante adquisición de acciones propias

La Ley prevé que la sociedad pueda adquirir sus propias acciones libremente, en ejecución de un acuerdo de reducción de capital adoptado por la Junta general de la sociedad. La adquisición se realiza mediante compra de las acciones para su amortización, bajo las siguientes condiciones:

1. Debe ofrecerse la compra a todos los accionistas, efectuándose una operación similar a una «oferta pública de adquisición» (o.p.a.), pero con un régimen especial (caso particular es si la reducción sólo va a afectar a una clase de acciones, pues en tal supuesto es preciso, además, el acuerdo mayoritario de estos accionistas conforme al arto 148).
2. La propuesta de compra debe ser publicada en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en dos periódicos y mantenerse tal propuesta, al menos, un mes.
3. Si las acciones ofrecidas por los accionistas a la venta excedieran del número previamente fijado por la sociedad, se reducirán a prorrata de las ofrecidas por cada uno de ellos.
4. Por el contrario, si las acciones ofrecidas no alcanzan el número suficiente –salvo que en el acuerdo se haya dispuesto otra cosa– se entenderá que el capital queda reducido en la cantidad correspondiente a las acciones adquiridas.
5. Las acciones adquiridas deben amortizarse dentro del mes siguiente a la terminación del plazo del ofrecimiento de compra.

La inscripción en el Registro Mercantil de esta modalidad de reducción del capital social mediante amortización de acciones por adquisición ofrecida a los accionistas deberá indicarse en la escritura del B.O.R.M.E. en que se hubiera publicado el anuncio, así como una copia de los anuncios publicados en los periódicos. No será necesario, por el contrario, acompañar el balance verificado que sirvió de base para la

operación.

T.25 – LAS CUENTAS ANUALES, SU VERIFICACIÓN Y LA DISTRIBUCIÓN DEL RESULTADO DEL EJERCICIO

CIERRE ANUAL DE CUENTAS

A) Consideraciones generales

La S.A., como todo empresario, está obligada a llevar una contabilidad ordenada. Existe, sin embargo, un especial interés en una regulación más detallada de las cuentas anuales. Las cuentas anuales tienden de manera primordial a fijar cuál ha sido el resultado del ejercicio, esto es, a determinar si ha existido un beneficio (porque el valor del patrimonio neto ha aumentado durante el año) o una pérdida (porque ha disminuido, asimismo, durante el año). Las «cuentas anuales» comprenden el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria. La Ley establece que los documentos que las constituyen «forman una unidad, deberán ser redactados con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, de conformidad con esta Ley y con lo previsto en el Código de comercio». La Ley admite la división de la vida de la sociedad en ejercicios anuales y presume que éstos a falta de disposición estatutaria en contrario terminan el 31 de diciembre de cada año.

B) Documentos relevantes

El cierre de la contabilidad del ejercicio implica un conjunto de operaciones técnicas cuya explicación no es de este lugar. Tienden estas operaciones a comprobar la marcha de las cuentas y a la regularización de algunas de ellas. Después de efectuada esta labor se cierra la cuenta de pérdidas y ganancias, cuyo saldo nos indicará si existe beneficio o pérdida en el ejercicio. Junto a esta operación ha de formularse el balance de inventario, en el que se describen con detalle los componentes del patrimonio social, y como resumen de él se redacta el balance de ejercicio que recoge los saldos de aquél. La Ley nos dice, según ya se ha dicho, que las cuentas anuales comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria. A estos documentos que forman las cuentas anuales han de unirse el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado.

La cuenta de pérdidas y ganancias resume cuáles son los elementos positivos y negativos que componen el resultado del ejercicio. En una parte (en el «Debe») se recogen las alteraciones negativas en el valor del patrimonio (las llamadas «Pérdidas» o «Gastos»), mientras que en la parte derecha de la cuenta (en su «Haber») se indican las alteraciones positivas en el valor del patrimonio (denominadas «Ganancias» o «Ingresos»). De manera que si predominan los componentes positivos sobre los negativos existirá un beneficio neto, y si se produce lo contrario habrá una pérdida. El beneficio o la pérdida constituye el saldo de la cuenta. Pero lo más relevante de ésta no es que nos diga a cuánto asciende el resultado del ejercicio, que se refleja también en el balance, sino que mediante ella pueda saberse cómo se ha formado ese resultado. Para una adecuada información sobre la marcha de la sociedad es de suma importancia el conocimiento de dicha cuenta.

El balance es un resumen del inventario en el que se muestran cuáles son los elementos que forman el patrimonio social. Esos elementos se agrupan en torno al «activo», formado por los bienes y derechos que posee la sociedad, y al «pasivo», integrado por sus deudas, y en el que también se hace figurar la cifra del capital social y las reservas, que constituyen unas indicaciones de valor que representan en principio la cuantía del patrimonio neto de la sociedad. Esta medida de valor se verá aumentada o disminuida por el beneficio o la pérdida del ejercicio, que, como sabemos, nos muestra el saldo de la cuenta de pérdidas y ganancias. Este saldo figurará en el activo o en el pasivo del balance, según proceda, pues si existe pérdida se situará en el activo, mientras que, por el contrario, el beneficio figurará en el pasivo. Corresponde al saldo de la cuenta de pérdidas y ganancias equilibrar o igualar el activo y el pasivo del balance (de esta forma se «balancea», de ahí su denominación).

La propuesta de aplicación del resultado muestra cuál es el destino de los elementos patrimoniales que corresponde al beneficio neto, si existe, o a cómo se han de compensar las pérdidas. La propuesta frecuentemente va indicada en el propio balance o en la cuenta de pérdidas y ganancias, y se justifica en la memoria. En ésta, además, se enuncian por los administradores los trazos más importantes de la marcha de la vida económica de la sociedad, lo que se completa con el informe de gestión.

ESTRUCTURA LEGAL DE LAS CUENTAS ANUALES

A) Finalidad y alcance

La existencia de una estructura legal o un esquema del balance y de la cuenta de pérdidas y ganancias tiene como finalidad obtener una cierta uniformidad entre los balances y las cuentas de las sociedades anónimas y, en particular, el conseguir que éstos recojan como mínimo un conjunto de partidas que se consideran esenciales para poder conocer la situación patrimonial de la sociedad (la «imagen fiel del patrimonio»), la situación financiera de la sociedad y cómo se ha conseguido el resultado del ejercicio. Estos esquemas legales son una aplicación del principio de claridad que se quiere tenga la contabilidad al cierre del ejercicio, porque con el desglose de ciertas partidas se facilita es al transparencia que se desea imponer a los documentos contables.

Estos artículos 175 a 180 se refieren a las partidas que han de aparecer por separado en el balance, y el art. 189 a las de la cuenta de pérdidas y ganancias. La Ley, tras la exposición del esquema del balance y el de la cuenta de pérdidas y ganancias, dicta algunas normas que tratan de aclarar ciertas partidas del balance o de la cuenta de pérdidas y ganancias.

B) Posibilidades de ciertas sociedades de formular un balance o una cuenta de pérdidas y ganancias abreviados

Los minuciosos esquemas de balance y cuenta de pérdidas y ganancias pueden ser simplificados en las sociedades anónimas de dimensión económica reducida (esto es, para pequeñas y medianas empresas). Los criterios para la delimitación de qué sociedades pueden presentar estos documentos reducidos no son los mismos para el balance y para la cuenta de pérdidas y ganancias, como hemos de ver a continuación, ya que la reducción de la cuenta de pérdidas y ganancias afecta relativamente a más sociedades. Ahora bien, ha de hacerse notar que la posibilidad de presentar un balance abreviado tiene para la sociedad dos consecuencias complementarias de relativa importancia: en primer lugar, también la memoria que han de presentar puede ser abreviada; en segundo término, que no están obligadas, en principio, a someter sus cuentas a los auditores.

C) La memoria y el informe de gestión

La Ley ha regulado dos documentos complementarios, que son la «memoria» y el «informe de gestión». El primero forma parte, como vimos, de las cuentas anuales, mientras que el informe de gestión es un documento complementario de esas cuentas.

a) Memoria

El contenido de la memoria es altamente expresivo, pues además de las indicaciones que están previstas de forma específica para determinadas operaciones en el Código de comercio y en la Ley, ha de recoger con carácter general una serie de menciones que se detallan en los catorce apartados de que consta el art. 200 (criterios de valoración, identificación de las sociedades en las que tiene una participación, distintas clases de acciones, cuadro de financiación, importe de las deudas de más de cinco años, importe de las garantías con terceros, distribución de la cifra de negocios, número medio de personas empleadas, diferencias que pueden producirse de aplicarse criterios de valoración fiscales, cargas fiscales, remuneraciones de los miembros del órgano de administración, créditos concedidos a sus miembros y movimientos de diversas partidas del

inmovilizado).

b) Informe de gestión

El informe de gestión habrá de contener una exposición fiel sobre la evolución de los negocios y la situación de la sociedad. Informará igualmente sobre los acontecimientos importantes para la sociedad ocurridos después del cierre del ejercicio, la evolución previsible de aquélla, las actividades en materias de investigación y desarrollo y, en los términos establecidos en esta Ley, las adquisiciones de acciones propias. Las sociedades que formulen balance abreviado no estarán obligadas a elaborar el informe de gestión.

Valoración de las partidas que figuran en las cuentas anuales

La valoración de los elementos integrantes de las distintas partidas que figuren en las cuentas anuales deberá realizarse conforme a los principios generales que figuran en el art. 38 del Código de comercio y las normas específicas contenidas en la L.S.A.. La valoración debe realizarse, por tanto, conforme a los principios de contabilidad generalmente aceptados. El art. 38 del C. de c. alude a algunos de esos principios: *a)* Se presume que la empresa continúa en funcionamiento; *b)* No se variarán los criterios de valoración de un ejercicio a otro; *c)* Se seguirá el principio de prudencia valorativa; *d)* Se seguirá el criterio del devengo, no del pago del gasto o del cobro del ingreso; *e)* Se valorarán separadamente los elementos integrantes del activo y del pasivo; *f)* Los elementos del inmovilizado y del circulante se valorarán por el precio de adquisición o por el coste de producción.

Estos criterios de valoración, dominados por el criterio de prudencia valorativa y en definitiva por la preocupación de la protección del patrimonio social con el fin de impedir la distribución de dividendos ficticios, procuran que no luzcan en las cuentas anuales beneficios que no sean realmente obtenidos. Pero este sistema hace que las cuentas anuales, por un lado, puedan no reflejar el valor efectivo del patrimonio social (ya que origina reservas latentes u ocultas) y, por otro, que aparezcan en esas cuentas como pérdidas del ejercicio lo que no son verdaderas «pérdidas realizadas» (cfr. art. 39.3 del C. de c., que alude a correcciones de valor de carácter «irreversible», lo que presupone que otras son «reversibles»; V. art. 39.4). No obstante, la Ley no distingue a los efectos de la obligatoriedad de reducción del capital social, o de la disolución de la sociedad, entre pérdidas realizadas, que tienen carácter irreversible, de las que no lo son (cfr. arts. 163.1 y 260.1.4.º de la L.S.A.).

PROCESO DE ELABORACIÓN DE LAS CUENTAS ANUALES

A) Actuación de los administradores

La elaboración de las cuentas anuales, con la consiguiente determinación del resultado del ejercicio y del valor del patrimonio social, es fruto de la colaboración de los tres órganos sociales. Sin embargo, la actuación de los administradores tiene en este punto una importancia tan grande que la mayoría de las normas sobre las cuentas anuales están dirigidas a ellos (v., en particular, art. 171). Pero esto no debe llevar a la conclusión de que son obra exclusiva de los administradores, pues lo que éstos formulan no son las cuentas definitivas, sino su proyecto, las cuales adquirirán la condición plena de definitivas una vez que, examinadas por los auditores, hayan sido aprobadas por la Junta general.

Los administradores, como encargados de la gestión social, tienen a su cargo la llevanza de la contabilidad, cosa que naturalmente será efectuada por medio de la colaboración de técnicos o dependientes. Pero dentro de la organización de la sociedad se quiere— hacer responsables a los administradores directamente de la contabilidad. Es doctrina jurisprudencial consolidada que los administradores de la sociedad, y por consiguiente los miembros de su Consejo de administración tienen conocimiento de la contabilidad, salvo prueba en contrario. Conocimiento que es relativo en determinadas sociedades cuya contabilidad es compleja, por lo que en esos casos la prueba de la falta de un conocimiento profundo de ella ha de facilitarse. Sin

embargo, una manifestación de la preocupación de la ley por estimular la diligencia de los administradores respecto al conocimiento de la contabilidad se manifiesta en que impone a todos ellos la firma de las cuentas anuales (art. 171.2) Y prohíbe que la rendición de cuentas pueda ser objeto de delegación por su parte (art. 141.1). La razón de esta medida se debe a que la contabilidad sirve para la fijación de los resultados del ejercicio y del valor del patrimonio, tarea ésta en la que, como hemos dicho, han de colaborar los demás órganos sociales, pero aunque la aprobación de la Junta es esencial para que el balance sea definitivo, este acto no cancela la responsabilidad en que pudieran haber incurrido los administradores (art. 134.3).

El proyecto de cuentas anuales deben formularlo los administradores, en unión de la propuesta de aplicación del resultado y el informe de gestión, en el plazo máximo de tres meses, contados a partir del cierre del ejercicio social (art. 171.1; si superan este plazo, no por ese simple motivo se ha de considerar nulo el acuerdo posterior de la Junta general; así Sent. de 16 de octubre de 1973). Por otro lado, ha de estimarse admisible la validez de la cláusula estatutaria que acorte ese plazo (Res. D.G.R. de 21 de junio de 1983, R. 6.979). En todo caso, las cuentas anuales y el informe de gestión deberán ser firmados por todos los administradores (art. 171.2 LS.A. y arto 37.1.3.º C. de c.).

B) Intervención de los auditores

Las cuentas anuales y el informe de gestión deberán ser revisados por auditores de cuentas (art. 203.1).

Esta figura de los auditores de cuentas, como órgano social, no siempre es obligatoria. Están exceptuadas de la obligación de efectuar la revisión de cuentas por los auditores las sociedades que puedan presentar balance abreviado. Pero aun en este caso, la minoría que represente, al menos, el 5 por 100 del capital social podrá solicitar al Registrador mercantil la designación de un auditor (cfr. arts. 230.2 y 205.5). Los auditores dispondrán como mínimo del plazo de un mes, a partir del momento en que les fueren entregadas las cuentas firmadas por los administradores, para presentar su informe (art. 210.1). Sin embargo, dada la estabilidad del nombramiento del auditor (nombrado por un plazo mínimo de tres años y máximo de nueve), normalmente el auditor comenzará su labor de revisión de la contabilidad antes de que los administradores firmen las cuentas anuales, precisamente para evitar que éstos tengan que modificarlas posteriormente (cfr. arto 210.2). En este sentido las Sents. 15 noviembre 1994, R. 8.774, Y de 11 noviembre 1998, R. 8.823. Esta sentencia declara además la nulidad del acuerdo de aprobación de cuentas de la sociedad porque en el informe de los auditores se contenía una reserva indicando que, aun cuando el balance a su juicio reflejaba la imagen fiel del patrimonio de la sociedad y de su situación financiera, no habían podido comprobar las partidas de la cuenta de pérdidas y ganancias debido a la conducta de la sociedad.

C) Aprobación por la Junta general

Los documentos elaborados por los administradores (cuentas anuales e informe de gestión) y el informe de los auditores deben estar a disposición de los accionistas a partir de la convocatoria de la Junta general, y cualquier accionista podrá obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, esos documentos, debiendo hacerse mención en la convocatoria de ese dº (art. 212.2), considerándose el incumplimiento de este deber por parte de los administradores, según la jurisprudencia, como una infracción del dº de información del accionista que da lugar a la nulidad, de la Junta general de aprobación de las cuentas anuales.

La Exposición de motivos de la LS.A. de 1951 indicó que otras razones y la «necesidad de poner los secretos de la empresa a cubierto de cualquier accionista indiscreto o malintencionado, ha inclinado a vedar al accionista aislado el dº a investigar en la contabilidad y en los libros sociales» (ap. V) y derogó para la S.A. el art. 173 del C. de c., que concedía la facultad a los socios de examinar todos los documentos comprobantes de los balances (Disp. [mal y Decreto de 14 de diciembre de 1951 de la disposición adicional). En este sentido se ha manifestado la doctrina del Tribunal Supremo (v., entre otras sentencias, las de 23 de abril de 1996; 1 de febrero de 1967, R. 425; 7 de febrero de 1967, R. 947; 17 de marzo de 1967, R. 1.524; 17 de mayo de 1976, R. 2.185; etc.; no obstante, la de 15 de diciembre de 1998, R. 9.636, parece presuponer la vigencia del art. 173

del C. de c. para las S.A.).

Esta Junta que ha de celebrarse dentro de los 6 primeros meses del ejercicio, salvo que los estatutos hayan fijado un plazo más breve— delibera sobre la aprobación de las cuentas del ejercicio anterior y resuelve sobre la aplicación del resultado (art. 95). El acuerdo de aprobación de las cuentas anuales completa el ciclo de elaboración del mismo, de manera que su proyecto se transforma en definitivo, se determina el valor del patrimonio social y de los resultados del ejercicio, de suerte que si existe beneficio neto, éste podrá ser distribuido por la Junta de acuerdo con las prescripciones legales y estatutarias.

D) Depósito y publicidad de las cuentas anuales

a) Depósito de las cuentas anuales

Los administradores de la sociedad deberán presentar en el Registro Mercantil, dentro del mes siguiente a la aprobación de las cuentas anuales, para su depósito en el mismo, una certificación de los acuerdos de la Junta de aprobación de las cuentas anuales y de aplicación del resultado. A esta certificación se acompañará un ejemplar de cada una de dichas cuentas (balance, cuenta de pérdidas y ganancias, y memoria), del informe de gestión y del informe de la auditoría, cuando la sociedad esté obligada a practicarla o se haya practicado a petición de la minoría. Además, ha de adjuntarse una certificación de que las cuentas que se depositan se corresponden con las auditadas (art. 218; v. también arts. 365 y 366 RRM.). Desde un punto de vista formal, las cuentas anuales que han de depositarse en el Registro mercantil deben adaptarse a los modelos obligatorios establecidos al efecto. Si alguna o varias de las cuentas anuales se hubieran formulado en forma abreviada, se hará constar así en la certificación con expresión de la causa. Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que, previa autorización de la Dirección General de los Registros y del Notariado, los documentos a los que nos venimos refiriendo podrán depositarse en soporte magnético.

b) Publicidad del depósito

El Reglamento del Registro Mercantil distingue entre «publicidad» de las cuentas depositadas (art. 369) Y «publicación» del depósito (art. 370). Distinción que no coincide exactamente con el rótulo y el contenido del art. 220 de la Ley. Se dice que la publicidad de las cuentas depositadas se ha de hacer efectiva por medio de certificación expedida por el Registrador o por medio de copia de los documentos depositados, a solicitud de cualquier persona (art. 369 RRM.; cfr. art. 12 del mismo Regl.). La publicación del depósito ha de efectuarse mediante un anuncio que publicará el Boletín Oficial del Registro Mercantil, que indicará las sociedades que han cumplido con la obligación de depósito (art. 370).

C) Sanciones por el incumplimiento del deber de depósito de las cuentas anuales

El incumplimiento por parte de los administradores de la obligación de depositar en el Registro Mercantil las cuentas anuales y los documentos complementarios dentro del plazo antes indicado produce unas consecuencias de orden diferente. En primer lugar, la Sociedad, mientras el incumplimiento subsista, no podrá inscribir en el Registro Mercantil documento alguno, salvo determinados documentos enumerados por la Ley (relativos al nombramiento y destitución de los administradores, de los liquidadores, apoderamientos generales, etc.). En segundo término, ese incumplimiento dará lugar a la imposición a la sociedad de una multa por importe de doscientas mil a diez millones de pesetas, que puede ascender hasta cincuenta millones por cada año de retraso si se trata de una sociedad que factura anualmente más de mil millones de pesetas (art. 221.1, modo por la Ley 7/1996). Esta sanción se impondrá, previa instrucción de expediente administrativo, por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas. La Ley señala determinados criterios para la fijación de la sanción, que se verán reducidos si los documentos se depositan en el Registro Mercantil con anterioridad a la iniciación del procedimiento sancionador (art. 221.2 Y 3):

d) Publicación de las cuentas

El art. 222 de la Ley se refiere a la publicación de las cuentas anuales (o, si se quiere, a la publicidad de hecho) de tales documentos. Tal artículo, siguiendo la indicación de la cuarta Directiva comunitaria, exige que cuando se publiquen las cuentas se indique expresamente si tal publicación es íntegra o abreviada. En el primer supuesto, deberá reproducirse fielmente el texto de los depositados en el Registro Mercantil, incluyendo siempre íntegramente el informe de los auditores. En el segundo caso, se hará referencia a la oficina del Registro Mercantil en que hubieran sido depositados los documentos. El informe de los auditores podrá ser omitido en esta publicación, pero se indicará si ha sido emitido con reservas o no (art. 221.1).

APLICACIÓN DEL RESULTADO DEL EJERCICIO

A) Concepto y caracterización de la aplicación del resultado

Determinado el resultado del ejercicio (positivo o negativo) será preciso que la Junta general resuelva sobre su aplicación (art. 213.1). Tal resultado figurará, como sabemos, tanto en el balance como en la cuenta de pérdidas y ganancias.

Si el resultado ha sido negativo (es decir, se ha producido un saldo deudor en la cuenta de pérdidas y ganancias, que figurará en el activo del balance) su aplicación se efectuará, si es posible, con cargo a las reservas de la sociedad (primero a las voluntarias, luego a la legal; cfr. art. 214.2). Y si esto no puede ser, se mantendrá en el activo, en espera de que puedan superarse estas pérdidas en ejercicios posteriores, salvo que se llegue a la necesidad de reducir el capital social si disminuye el patrimonio neto por debajo de las dos terceras partes de ese capital (cfr. art. 163.1) o de disolverse la sociedad si la reducción del patrimonio neto llega a más de la mitad del capital social (art. 260.1.4.º).

Si el resultado es positivo, esto es, si se ha producido un beneficio de ejercicio, la resolución sobre este punto es más compleja, ya que es una operación de más alcance que el simple reparto de dividendos a los accionistas, pues aparte de este destino, aparece la constitución de reservas, la participación de los administradores, la de los titulares de los bonos de disfrute o títulos de fundador, o la de los trabajadores de la sociedad, cuando esté previsto.

B) Referencia a la distribución del beneficio neto del ejercicio

El beneficio neto constituye una medida de valor, determinada en el balance aprobado, que fija una parte del patrimonio social que se puede asignar o del que se puede disponer para determinados fines.

Los bienes patrimoniales en que se materializa el beneficio neto están dispersos entre todos los elementos del activo. Debe, pues, evitarse el equívoco de creer que al beneficio neto o «líquido» (como alguna vez lo denomina la Ley) corresponde una suma de dinero que está en la cuenta de Caja o en la de Bancos que aparece en el activo. Según decimos, los elementos patrimoniales que corresponden al beneficio neto son muy variados y puede darse el caso de la existencia de un beneficio elevado y que la sociedad tenga una falta de liquidez. Esto hace que la distribución de dicho beneficio sea una operación compleja que requiera (en forma paralela a la redacción del balance) la intervención de los tres órganos sociales, pues la propuesta de distribución es preparada por los administradores, examinada y objeto de informe por parte de los auditores y acordada por la Junta general.

En algunos supuestos, el acuerdo de distribución del beneficio tendrá como efecto que surja una deuda a cargo de la sociedad que implicará una disposición de fondos patrimoniales de la misma (v. gr., en el caso de los dividendos). En otros, la distribución se concretará simplemente en un asiento contable sin mutación en el valor del patrimonio social (como en general sucede con la constitución de reservas). El acuerdo de la Junta general que resuelve la distribución del beneficio es distinto del de aprobación del balance, aun cuando se produzca en la misma reunión. Es la Junta general ordinaria la que ha de deliberar sobre este extremo (v. arts. 95 y 213.1).

C) Presupuestos para la distribución del beneficio

La distribución del beneficio neto del ejercicio, que como ha quedado indicado no es sino un aspecto de la aplicación del resultado, tiene como presupuestos el que resulte de un balance regularmente aprobado y que el valor del patrimonio neto sea superior al capital social.

El primero de los presupuestos está implícito en la declaración del art. 213.1 cuando dice que la Junta general «resolverá sobre la aplicación del resultado del ejercicio de acuerdo con el balance aprobado». De forma que únicamente si figura en el balance aprobado un beneficio podrá efectuarse una distribución del mismo, con las diversas asignaciones previstas por la Ley o los estatutos. Ciertamente, aun en el supuesto de que no exista beneficio podrá hacerse alguna de estas asignaciones (v. gr., la distribución de dividendos con cargo a reservas de libre disposición), pero en tal hipótesis la situación es relativamente diversa, ya que esos fondos proceden de beneficios de ejercicios anteriores, que ya fueron distribuidos mediante su asignación a reservas o bien se dejaron pendientes de distribución.

El segundo presupuesto para que la Junta general pueda resolver sobre la distribución del beneficio es que el patrimonio neto contable no sea o, a consecuencia del reparto, no resulte ser inferior al capital social. Pues si existieran pérdidas de ejercicios anteriores que hicieran que ese valor del patrimonio neto de la sociedad fuera inferior a la cifra del capital social, el beneficio se destinará necesariamente a la compensación de esas pérdidas (art. 213.2). Se produce en este caso una aplicación obligada del resultado del ejercicio, sin que la Junta general tenga poder para resolver sobre esta cuestión.

D) Diversas asignaciones del beneficio

El beneficio podrá tener diversas asignaciones, conforme a lo previsto en la Ley y en los estatutos sociales. Así, la Ley prevé que los fundadores y los promotores de la sociedad puedan reservarse determinadas ventajas, que podrán implicar una participación temporal en el beneficio neto (art. 11.1); también los administradores podrán tener derecho, si así lo establecen los estatutos, a una participación (cfr. art. 130). Pero tanto esta participación de los administradores en los beneficios del ejercicio como el importe del impuesto que grava estos beneficios son considerados como gastos, que han de incluirse como tales en la cuenta de pérdidas y ganancias, de forma que en esta cuenta figurará el beneficio neto una vez deducidos esos gastos. Beneficio neto que naturalmente sólo tiene el carácter de resultado del ejercicio si durante el mismo los ingresos han sido superiores a los gastos (v. art. 189). Fijado en las cuentas anuales el resultado positivo del ejercicio, los problemas más relevantes en la asignación del beneficio neto son los referentes a la constitución de reservas y a la distribución de dividendos.

1. Efectivamente, parte del beneficio es destinado a la constitución de reservas. Éstas indican una cierta medida del valor del patrimonio neto que se afecta a determinados fines generales, y en especial al fortalecimiento económico de la sociedad.

Las reservas pueden clasificarse en legales y complementarias, y dentro de estas últimas cabe distinguir entre las estatutarias y las voluntarias, según su constitución derive del mandato de los estatutos o de la voluntad de la Junta general.

La reserva legal viene impuesta por el art. 214 de la Ley, de forma que todas las sociedades están obligadas a deducir como mínimo un 10 por 100 del beneficio neto hasta que el fondo de reserva alcance la quinta parte del capital social. Este fondo, mientras no llegue a ese límite, sólo puede emplearse para cubrir pérdidas en el caso de que no existan otras reservas disponibles suficientes para este fin (art. 214, que, sin embargo, deja a salvo la posibilidad de utilizar esta reserva para aumento de capital, conforme a lo previsto en el art. 157). Las reservas complementarias podrán destinarse a las finalidades previstas en los estatutos o por la Junta general.

2. Una asignación importante del beneficio es la parte que se distribuye entre los socios, esto es, la formada por los dividendos. La Junta que delibera sobre la distribución del beneficio ha de fijar la cuantía del mismo que puede ser repartida entre los socios.

Los artículos 95 y 213.1 de la Ley hablan de que la Junta general «resuelve» sobre la aplicación del resultado del ejercicio, lo que no quiere decir que pueda actuar con arbitrariedad, sino que debe operar teniendo en cuenta los intereses sociales. La Ley ha establecido un proceso de distribución de beneficios (propuesta de los administradores, examen por parte de los auditores y resolución de la Junta general), porque tiene en cuenta que esa distribución debe efectuarse dentro de ciertos márgenes de elasticidad que permitan adecuarla a la situación económica y financiera de la sociedad, cosa que no se conseguiría si la Junta hubiera de actuar en forma automática. La Junta habrá de valorar las circunstancias que concurren para distribuir entre los socios sólo una parte de los beneficios disponibles una vez hechas las deducciones señaladas por la Ley y los Estatutos, y aumentar las reservas sociales o hacer otras asignaciones, e incluso podrá, si las circunstancias lo reclaman, suprimir el reparto del dividendo (v. Res. D.G.R. de 5 de julio de 1982).

La sentencia de 10 de octubre de 1996, R. 7.063, declara que «el dº abstracto al dividendo se concreta con el acuerdo de la junta general y el dº de crédito del accionista contra la sociedad sólo nace con el acuerdo de tal junta; los beneficios no han de asignarse necesariamente y en su totalidad al reparto de dividendos».

El dº al dividendo se encuentra, pues, sometido al poder de la Junta, que puede llegar a derogarlo en determinados supuestos. Si se deniega el dº sin que exista motivo para ello o se limita de modo arbitrario, el acuerdo podrá ser impugnado. Esencial motivo de impugnación existirá si el acuerdo intenta favorecer los intereses de un grupo de socios, pues es de interés social el reparto de dividendos, ya que es común a todos los socios (v o arto 115.1).

3. Problema especial, que tiene en la ley un régimen particular, es el caso de que existan acciones privilegiadas que otorguen a sus titulares un dº a obtener un dividendo preferente respecto a las acciones ordinarias (art. 50.3). También surge un régimen particular en el supuesto de las acciones sin voto (art. 91.1). En estos casos los poderes de la Junta general están limitados por las normas especiales que regulan el dº al dividendo preferente o mínimo, que no son coincidentes si las sociedades son cotizadas o no.

En el supuesto de acciones privilegiadas emitidas por una sociedad cotizada que otorguen el dº a obtener un dividendo preferente, la Junta general estará obligada a acordar el reparto del dividendo si existieran beneficios distribuibles. Los estatutos deberán establecer las consecuencias de la falta de pago total o parcial del dividendo preferente, indicando si éste tiene o no carácter acumulativo en relación a los dividendos no satisfechos, así como los eventuales derechos de los titulares de las acciones privilegiadas en relación a las acciones ordinarias. Se establece la prohibición absoluta de que las acciones ordinarias puedan percibir dividendos con cargo a los beneficios de un ejercicio mientras no se haya satisfecho el dividendo preferente que corresponda al mismo ejercicio. Si las acciones privilegiadas se emiten por una sociedad no cotizada los estatutos gozan de amplia libertad para regular ese dº a obtener un dividendo preferente; en el caso de que no regulen esta materia (lo que parece extraño) se aplicarán las normas previstas por la ley para las sociedades cotizadas (art. 50.3). En el caso de acciones sin voto, la ley distingue también el supuesto de sociedades cotizadas del de las no cotizadas, otorgando una protección mayor a los titulares de las acciones en éstas, quizá porque la ley ha estimado, por un lado, que debía hacerse menos onerosa la situación de la sociedad emisora de estas acciones si cotizan en Bolsa, y por otro, que los accionistas sin voto en una sociedad no cotizada tienen una mayor continuidad en su condición de socio que en el caso de los socios de las cotizadas (en su redacción dada al arto 91.1 por la Ley 24/1998). Respecto a las acciones sin voto emitidas por las sociedades cotizadas, la L.S.A. establece la obligación de la Junta general de acordar en favor de los titulares de esas acciones el reparto de un dividendo mínimo si existen beneficios distribuibles, teniendo además esos titulares el dº de percibir el dividendo que la Junta pueda acordar para las acciones ordinarias. En el caso de acciones sin voto emitidas por sociedades no cotizadas existe igualmente la obligación de la Junta de acordar el reparto del dividendo mínimo; pero si no se satisface ese dividendo mínimo por no existir beneficios

distribuibles o de no haber cantidad suficiente (pagándose sólo parcialmente ese dividendo), la parte del dividendo mínimo no abonada al socio deberá ser satisfecha dentro de los cinco años siguientes (v. art. 90.1).