

TEMA 10

MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

Daniel Prades Cutillas

Profesor de Derecho Mercantil. Universidad Pontificia Comillas

SUMARIO:

- 1. RÉGIMEN GENERAL DE LAS MODIFICACIONES ESTATUTARIAS. 1.1. *Requisitos*. 1.2. *Publicidad: Página web corporativa*. 1.3. *Protección de los socios*. 1.4. *Derecho de separación*. 2. CAPITAL SOCIAL Y PATRIMONIO SOCIAL. 2.1. *Función de garantía*. 2.2. *Equilibrio legal de capital y patrimonio*. 2.3. *Reflejo estatutario de las operaciones de aumento y reducción: Requisitos comunes*. 3. OPERACIONES DE AUMENTO DEL CAPITAL SOCIAL. 3.1. *Modalidades*. 3.2. *Capital autorizado*. 3.3. *Operaciones de aumento del patrimonio social*. 3.3.1. *Derecho de suscripción preferente*. 3.3.1.1. *Ejercicio del derecho*. 3.3.1.2. *Supresión del derecho: prima de emisión*. 3.3.2. *Aumento mediante nuevas aportaciones*. 3.3.3. *Conversión de créditos ordinarios y obligaciones en capital*. 3.4. *Suscripción pública de nuevas acciones*. 3.5. *El aumento incompleto*. 3.6. *Operaciones de reestructuración contable del patrimonio social*. 3.7. *Inscripción en el registro mercantil*. 4. OPERACIONES DE DISMINUCIÓN DEL CAPITAL SOCIAL. 4.1. *Modalidades*. 4.2. *Operaciones de reducción del patrimonio social*. 4.2.1. *Devolución de aportaciones*. 4.2.2. *Adquisición de acciones propias*. 4.3. *Tutela de los acreedores*. 4.3.1. *Derecho de oposición de los acreedores*. 4.3.2. *Responsabilidad limitada de los socios por las deudas sociales*. 4.4. *Operaciones de reestructuración contable del patrimonio social*. 4.5. *Aumento y disminución simultáneos: Operación acordeón*. 5. MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE LAS SOCIEDADES. 5.1. *Transformación*. 5.1.1. *Procedimiento*. 5.1.2. *Consecuencias*. 5.2. *Traslado internacional del domicilio social*. 6. FUSIÓN, ESCISIÓN Y CESIÓN DE ACTIVOS Y PASIVOS. 6.1. *Concepto y modalidades*. 6.2. *Procedimiento*. 6.2.1. *Proyecto de la operación*. 6.2.2. *Acuerdo de fusión o escisión*. 6.2.3. *Fusiones especiales*. 6.3. *Cesión en bloque de activos y pasivos: Segregación, constitución mediante traspaso patrimonial y cesión global*. 6.4. *Garantías del proceso*. 6.4.1. *Derecho de Oposición*. 6.4.2. *Responsabilidad por las deudas anteriores*. 7. DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN Y EXTINCIÓN. 7.1. *La disolución: causas y modalidades*. 7.1.1. *Disolución Automática*. 7.1.1.1. *Caducidad de la sociedad*. 7.1.1.2. *Insuficiencia de capital*. 7.1.2. *Supuestos especiales o extravagantes*. 7.1.2.1. *Disolución por Liquidación Concursal*. 7.1.2.2. *Disolución por infracción de la Ley de Marcas*. 7.1.2.3. *Disolución de la sociedad delincuente*. 7.1.3. *Disolución Obligatoria: Causas legales y estatutarias*. 7.1.4. *Disolución Voluntaria*. 7.2. *Procedimiento de la disolución*. 7.2.1. *Supuestos automáticos y especiales*. 7.2.2. *Supuestos voluntarios*. 7.2.3. *Supuestos obligatorios*. 7.2.3.1. *Disolución por Acuerdo de Junta General*. 7.2.3.2. *Disolución Judicial*. 7.2.3.3. *Responsabilidad del Administrador*. 7.3. *Liquidación, extinción y reactivación*. CASO PRÁCTICO. BIBLIOGRAFÍA.

1. RÉGIMEN GENERAL DE LAS MODIFICACIONES ESTATUTARIAS

Los estatutos sociales son la expresión de la voluntad inicial de los socios en cuanto se refiere a la organización de la sociedad. Contienen, además de las disposiciones que son obligatorias por ministerio de la ley, los pactos alcanzados por los socios fundadores o propuestos por los promotores de la sociedad al futuro suscriptor de las acciones. Conforman la personalidad propia y distinta de cada sociedad concreta y son a la vez la expresión de su autorregulación, la ley interna, propia y distinta, por la que cada sociedad se rige en su funcionamiento, reguladora también de las relaciones entre los socios y la sociedad y de los órganos de la entidad entre sí. Incluso los nuevos socios, al adquirir sus participaciones en el capital social, prestan su consentimiento al contenido de los estatutos, que actúan como un contrato de adhesión que los nuevos socios aceptan al tomar su participación en el capital.

Pero esta voluntad inicial puede verse alterada por las circunstancias, e incluso por la renovación de las personas de los socios a través de la transmisión de las acciones o de las participaciones sociales. De aquí que la ley permita la modificación de los estatutos, su adaptación a las nuevas circunstancias, pero a la vez establezca un procedimiento preciso para garantizar los derechos de las partes, encomendando la modificación de los estatutos –con las escasas salvedades que más adelante se verán– a los socios constituidos en junta, es decir a la expresión de la soberanía social.

La LSC regula las diversas modificaciones estatutarias en el Título VIII, artículos 285 a 345, de los que quedan excluidas las denominadas modificaciones estructurales –transformación, fusión, escisión y cesión global– objeto de regulación específica en la *Ley 3/2009, de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*; por su parte el Título IX, artículos 346 a 359, regula los supuestos de separación y exclusión de socios, directamente vinculados con algunos supuestos de modificación, por lo que se analizarán aquí conjuntamente.

Cualquier modificación estatutaria queda reservada expresamente (LSC 285) para la competencia de la Junta General, con la excepción del cambio de domicilio, cuando los estatutos no nieguen esta posibilidad y siempre que no suponga traslado a otro término municipal, para cuya decisión queda excepcionalmente autorizado el órgano de administración de la sociedad.

1.1. REQUISITOS

El procedimiento establecido en la LSC requiere de la existencia de una propuesta de modificación, elaborada por quienes fueren sus impulsores,

que contendrá necesariamente el texto literal de las nuevas normas estatutarias propuestas, así como, si se trata de sociedad anónima, incorporará un informe escrito que justifique la conveniencia, procedencia o necesidad de la modificación. La capacidad de iniciar el procedimiento corresponde tanto al órgano de administración como a los socios en general (LSC 286) si bien en este último caso se sobreentiende que será necesario, para la admisión del proyecto a consideración en junta general, el porcentaje de socios preciso para solicitar su convocatoria al efecto, o bien para solicitar la inclusión del punto en el orden del día de una junta previamente convocada.

En cualquier caso, en la convocatoria o su complemento habrá de especificarse la propuesta de modificar los estatutos (LSC 287) con expresión concreta de los extremos que se pretende modificar y haciendo constar el derecho de los socios a consultar el texto íntegro de la propuesta en el domicilio social y, si lo prefieren, a obtener su envío gratuito.

Cumplidos los requisitos previos de convocatoria y publicidad, la junta deberá reunirse con los requisitos de quórum o mayoría reforzados, exigidos en la Ley para los asuntos especiales en cada tipo de sociedad. Es decir, para constituir válidamente la junta en la SA y SCA (LSC 194) se precisará de la asistencia, directa o por representación, del 50% del capital en primera convocatoria y del 25% en segunda; la mayoría precisa para la aprobación del acuerdo será la ordinaria (LSC 201) es decir más votos a favor que en contra, salvo que en segunda convocatoria no se alcance el 50% de capital, en cuyo caso se precisará el voto a favor de dos tercios del capital presente o representado en el momento de la constitución de la junta.

En cuanto a las SL será necesaria una mayoría reforzada (LSC 199 a), en este caso el voto favorable de al menos la mitad del capital social. Tanto el quórum de asistencia en las SA y SCA en ambas convocatorias, como las mayorías de capital previstas en la ley para los tres tipos de sociedad, podrán ser elevadas, pero no reducidas, por los propios estatutos sociales (LSC 194.3 y 200).

Una vez tomado válidamente el acuerdo, deberán cumplirse los requisitos de escrituración, inscripción registral y publicación en el BORME de las modificaciones para su plena validez (LSC 290).

1.2. PUBLICIDAD: PÁGINA WEB CORPORATIVA

El *RDL 9/2012*, de 16 de marzo, ha regulado las obligaciones de publicidad de los acuerdos sociales, simplificando los procedimientos hasta ahora vigentes, en cumplimiento de las sucesivas Directivas de la Unión

Europea en la materia (Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por la que se modifican las Directivas 77/91/CEE, 78/855/CEE y 82/891/CEE del Consejo, y la Directiva 2005/56/CE en lo que se refiere a las obligaciones de información y documentación en el caso de las fusiones y escisiones). La citada norma ha introducido en el Capítulo II del Título I de la LSC una nueva sección, la 4^a, dedicada a la Página web corporativa, y compuesta por el artículo 11 *bis*, reformado, y los nuevos artículos 11 *ter* y *quáter*, además de modificar diversos artículos de la Ley de Modificaciones estructurales.

Se establece así la posibilidad para las sociedades de capital –obligación en las sociedades cotizadas– de disponer de una web corporativa oficial, cuya creación habrá de ser acordada en junta general –en cuyo orden del día habrá de figurar su creación– inscrita en el Registro y publicada en el BORME, opcionalmente los estatutos podrán exigir la notificación personal a cada socio de la creación de la web corporativa antes de su inscripción. Una vez cumplidos los requisitos para la creación de la web corporativa, las facultades para su modificación, traslado o supresión entre las del órgano de administración, con la posibilidad de que los estatutos sociales dispongan otra competencia (artículo 11 *bis* LSC). Las modificaciones, el traslado o la supresión de la web deberán también inscribirse y publicarse en el BORME, así como constar en la propia web modificada durante treinta días, antes de la efectividad de los cambios introducidos.

Aunque la ley no lo menciona expresamente, deducimos del contexto que la existencia de la web corporativa supone, en todos los casos, la posibilidad de cumplimiento de todos los requisitos de publicidad, manifestación o depósito de documentos mediante su sustitución por la exposición en la web corporativa. La publicación en la web de los documentos obligatorios, el acceso gratuito a la misma y su mantenimiento durante los plazos dictados por la norma, serán responsabilidad del órgano de administración, y sus miembros responderán solidariamente, entre sí y con la sociedad, de los perjuicios que se pudiesen causar –a socios, acreedores, trabajadores y terceros– por la interrupción del acceso.

Se dispone además que, a efectos del cómputo de los plazos legales de publicidad, la interrupción del acceso –durante dos días consecutivos o cuatro alternos dentro de cada plazo legal preceptivo– anulará el cumplimiento de éste, salvo que el total de días de publicación real y acceso efectivo supere el mínimo establecido por la norma en cada caso (artículo 11 *ter* LSC).

En cuanto a las comunicaciones a los socios por medios electrónicos, quedan autorizadas en sustitución de las obligatorias por correo certificado, pero sólo para aquéllos que hayan aceptado expresamente tal posibilidad (artículo 11 *quáter* LSC).

1.3. PROTECCIÓN DE LOS SOCIOS

Como regla especial en los supuestos de introducción de nuevas obligaciones para los socios por vía de modificación estatutaria, se prevé la necesidad de que el acuerdo sea, además de por la junta general, aprobado por los socios afectados específicamente (LSC 291 a 294). En el caso de la SL, la ley no establece procedimiento concreto, sino tan solo la exigencia de que el acuerdo se adopte con el requerido consentimiento, que se debe entender como prestado individualmente por analogía con el sistema previsto en el artículo 329 LSC para las reducciones de capital que afecten solo a una parte de los socios.

Para las SA se regula el procedimiento cuando el acuerdo afecta a una o varias clases de acciones o a parte de los accionistas de una misma clase. En todos los casos habrá de tomarse acuerdo separado por los socios específicamente afectados, cuya junta especial –de una o varias clases de acciones, o de parte de los accionistas de la misma clase– se ajustará a las normas previstas para la general, o bien en votación separada en la propia junta general ya convocada.

Para las SCA se prevé además la tutela especial de los socios colectivos, que deberán prestar consentimiento unánime en los supuestos en que la modificación de estatutos afecte al objeto social, se amplíe el plazo establecido de duración de la sociedad, se altere el régimen de administración de la entidad o se produzca el nombramiento de administradores.

1.4. DERECHO DE SEPARACIÓN

Reconociendo la importancia que para la vida societaria representan algunas menciones estatutarias, por ser idealmente el fundamento de cada contrato social específico, la LSC establece el derecho del socio a separarse de la sociedad si resultaran modificadas, retirando del patrimonio de ésta la parte que corresponda a su participación en el capital.

Lógicamente, por tratarse de sociedades de capital, cualquier socio podría abandonar la sociedad por el simple expediente de transmitir sus acciones o participaciones, por lo que el derecho de separación se presenta

como una solución extrema y reservada para modificaciones de gran relevancia, de manera que los afectados no se vean perjudicados por una decisión trascendente, cuyo sentido no comparten y que puede afectar al valor de sus participaciones o acciones.

La norma (LSC 346) reconoce la existencia del derecho de separación, para los accionistas que no hubieran votado a favor del acuerdo, en los casos en que se sustituya el objeto social, se prorrogue la duración de la sociedad o se reactive la misma una vez disuelta –conforme lo admite el artículo 370– y finalmente si se crea, modifica o extingue anticipadamente la obligación de realizar prestaciones accesorias, aunque este último supuesto admite disposición estatutaria en contra del derecho de separación. Para el caso de SL (LSC 346.2) se añade a las anteriores, como desencadenante del derecho de separación, la modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales. La Ley 25/11 de 1 de agosto ha añadido una nueva causa de separación al catálogo inicial (LSC 348 *bis*), concediendo esta facultad a los socios que voten a favor del reparto de dividendos cuando la sociedad acuerde no distribuir o hacerlo por cuantía inferior al tercio del beneficio corriente legalmente repartible; esta causa de separación no existirá hasta que la sociedad haya cumplido cinco años de vida, computados desde la fecha de su inscripción en el Registro.

En lo referente al ejercicio de este derecho de separación se debe advertir la diferencia con la separación automática prevista en la Ley de Modificaciones Estructurales (LME 15.2) para los supuestos especiales de transformación en que los socios hayan de asumir responsabilidad por las deudas sociales. Por el contrario, se aplica el derecho de separación, y no la separación automática (LSC 346.3), cuando la modificación estatutaria consiste en transformación de la sociedad que no suponga para los socios adquisición de responsabilidad por las deudas sociales, y en el caso de traslado del domicilio de la misma al extranjero (LME 99).

En el caso del derecho de separación no existe automatismo alguno, sino simplemente que la ley concede a los socios disconformes la posibilidad de abandonar la sociedad, ejerciendo su derecho dentro del plazo de un mes desde la inscripción registral del acuerdo que da lugar a la existencia del derecho de separación (LSC 348.2), o en el mismo plazo desde la comunicación personal del acuerdo por la sociedad, si se ha optado por este procedimiento. Por el contrario la separación automática supone que el hecho de votar contra el acuerdo es, al tiempo, expresión del ejercicio del derecho de separación si el acuerdo fuere aprobado, por lo que los

socios contrarios están separados de la sociedad desde el momento en que el acuerdo se aprueba y sin ulterior manifestación o requisito.

En la práctica este derecho de separación viene a ser una liquidación parcial de la sociedad, ya que no se limita el procedimiento a la simple adquisición de las acciones o participaciones por la sociedad, sino que la ley prevé su amortización directa con la consiguiente reducción del capital (LSC 356.1) salvo acuerdo contrario de la junta. Se trata en realidad de arbitrar un sistema interno de «justiprecio» de las acciones o participaciones, de forma que los socios separados no resulten económicamente perjudicados por la decisión mayoritaria, pero evitando al tiempo que se lucren indebidamente, como consecuencia del acuerdo mayoritario, perjudicando tanto el interés social como el de los demás socios.

El procedimiento en sí consiste simplemente en la valoración de las acciones o participaciones. Si las acciones tuvieran cotización en mercado secundario oficial, su valoración será la media de su cotización en el último trimestre (LSC 353.2). De no ser así, cabe el acuerdo entre la sociedad y el socio separado o bien, a falta de acuerdo, la valoración por un auditor independiente (LSC 353.1) nombrado al efecto por el registrador mercantil. Determinado el valor, los socios dispondrán de un plazo de dos meses para retirar en el domicilio social la cantidad que les corresponda; agotado el plazo, la sociedad habrá de consignar en una entidad de crédito, y a disposición de los interesados, las cantidades no retiradas.

Junto con el acuerdo desencadenante del derecho de separación, la junta deberá autorizar expresamente la adquisición de las acciones o participaciones por la sociedad. De no constar esta aprobación previa de la adquisición, el derecho de separación tendrá como consecuencia la reducción automática del capital social en la medida correspondiente al separado (LSC 358.1) de forma que –una vez efectuados los reembolsos y consignaciones en su caso– los administradores, ya sin necesidad de ulterior acuerdo, otorgarán la escritura de reducción del capital. En ésta deberán constar los datos relativos a las acciones o participaciones separadas, que la amortización de éstas se produce como consecuencia del ejercicio del derecho de separación, la fecha del pago o consignación, la identidad de los socios separados y la cuantía de la devolución a éstos y finalmente la nueva cifra de capital.

Si el capital quedase, como consecuencia de la separación de socios, por debajo del mínimo legal, procederá la convocatoria de junta para decidir sobre la subsanación de la causa de disolución, mediante nuevo aumento o transformación de la sociedad, o acordar su disolución y liquidación.

De no cumplirse este requisito de adaptación o disolución, en plazo de un año, la sociedad quedará disuelta de pleno derecho (LSC 360.1.b), recayendo en los administradores responsabilidad solidaria, entre sí y con la sociedad, por la totalidad de las deudas sociales.

Los socios así separados, en la SL, serán responsables de las deudas sociales en la misma medida que si se hubiere tratado de una reducción de capital ordinaria, supuesto que se expondrá más adelante (LSC 357). Por su parte los accionistas no se ven afectados por ninguna responsabilidad especial.

2. CAPITAL SOCIAL Y PATRIMONIO SOCIAL

Las sociedades capitalistas comparten la característica de que sus socios aportan, o se comprometen a aportar, una cantidad de dinero al proyecto común, a cuyo disfrute y administración directa renuncian para cederlos a la entidad, que gestionará su patrimonio y decidirá sobre las operaciones a realizar por intermedio de sus órganos legales.

El patrimonio inicial de la sociedad se forma por el total conjunto de las aportaciones –efectivas o comprometidas– de los socios y coincide con el capital social. Pero su cuantía, una vez iniciada la actividad de su objeto, variará con el resultado de cada operación económica realizada. Mientras el capital permanece determinado y estable –salvo las operaciones legales de aumento o disminución que modifiquen lo inscrito en el Registro y que aquí analizaremos– el patrimonio fluye en su cuantía a cada instante, crece con los beneficios obtenidos en cada operación y decrece con las resultas negativas.

2.1. FUNCIÓN DE GARANTÍA

El capital depende de los socios, el patrimonio de los resultados económicos de la gestión y sobre el capital aportado se construye el patrimonio mediante la función gestora desarrollada por los administradores.

La cifra de capital social, además de constituir la acumulación de medios patrimoniales desde el punto de vista interno de la sociedad, desempeña una segunda función hacia el exterior de la sociedad. Desde el punto de vista externo, el capital supone ante los operadores del tráfico un indicador de la solvencia de la sociedad, ya que es el conjunto del patrimonio de los socios arriesgado por éstos para afrontar el desarrollo de la actividad y satisfacer las posibles pérdidas. Por lo tanto el capital es también una garantía aparente o indicación hacia el exterior de la solvencia de la sociedad.

El capital es pues tanto la chispa iniciadora de la actividad, pues financia la inversión necesaria para acometer el negocio con posibilidad de éxito, como la garantía aparente, para los acreedores, de hasta donde alcanza la asunción de riesgo por los socios. Desde este punto de vista el capital, o suma de los recursos propios iniciales comprometidos en el proyecto, representa también el colchón financiero sobre el que descansa el negocio, la red de seguridad que garantiza a los terceros el cobro de sus créditos pues, si fuera necesario liquidar los activos, debería quedar limpio para su devolución a los socios tras satisfacer la totalidad de las obligaciones. Por lo tanto, y en prevención del error de cálculo, a mayor capital invertido en la sociedad más seguridad teórica de cobro para los acreedores, pues existirá un mayor fondo de seguridad o colchón financiero para cubrir la pérdidas de gestión y atender los pagos comprometidos.

En el momento de la constitución de la sociedad capital y patrimonio social coinciden, pero ya no volverán a hacerlo, salvo casualidad, en ningún momento de la vida de la institución. La función de garantía del capital no supone, por supuesto, su estatismo ni la obligación de conservarlo en líquido y a disposición de los acreedores, si así fuera no cumpliría su primera y primordial función, que no es la de garantía sino la de chispa de ignición y puesta en marcha. Todo lo contrario, el capital habrá de ser invertido en lo necesario para la puesta en marcha de la actividad.

Si la sociedad funciona en términos de rentabilidad económica, obteniendo beneficios en su actividad, primero se repondrá el patrimonio realizable mediante la amortización de los activos ficticios, y se dotará la reserva legal –precaución del legislador para aumentar la solvencia patrimonial de la sociedad– y finalmente se dotarán otras reservas y se repartirán dividendos entre los socios. Éstos, a propuesta de los administradores, tomarán la decisión de constituir reservas voluntarias, que incrementen el patrimonio para ampliar la actividad o garantizar la solvencia, o si lo consideran más conveniente retirarán los beneficios repartiendo dividendos.

Pero si los resultados son negativos, el capital seguirá financiando el mantenimiento de la actividad, el gasto corriente, pues la ausencia de beneficios no permitirá que el patrimonio neto recupere la cifra de capital. Las pérdidas de la actividad, en su caso, harán que la empresa se digiera patrimonialmente a sí misma, comiéndose literalmente el capital. Se produce así la consagración del desequilibrio endémico entre las cifras de capital y patrimonio, de manera que la cifra teórica de capital, estática, devenga en garantía ilusoria por diluirse en las pérdidas que reducen poco a poco la cuantía del patrimonio, magnitud dinámica y, en este supuesto, descendente en su cuantía.

2.2. EQUILIBRIO LEGAL DE CAPITAL Y PATRIMONIO

La ley determina la presencia de una serie de avisos sucesivos de que las cosas no van como sería deseable, obligando a la sociedad a tomar medidas que o bien repongan la situación en la estabilidad o declaren al exterior la situación, reequilibrando capital y patrimonio mediante la reducción del primero, para que su montante desproporcionado con la solvencia real no produzca en los terceros una ilusión de garantía ya inexistente. Ante la ley la empresa se mantiene viable mientras su patrimonio neto alcance las dos terceras partes del capital social. En tal caso, y aun habiéndose autodigerido parcialmente los recursos propios, tomando como símil el semáforo diremos que tenemos *luz verde* para continuar con la actividad y el desarrollo del proyecto según lo previsto inicialmente.

Pero si el patrimonio desciende por debajo de esas dos terceras partes del capital se nos enciende la *luz ámbar*. Algo va mal en el proyecto y éste no responde a las expectativas iniciales: debemos estar alerta ante el desarrollo de los acontecimientos. Si la situación se mantiene así durante el siguiente ejercicio, sin recuperación del patrimonio hasta alcanzar de nuevo la luz verde, será indicativo de que los cálculos iniciales son incorrectos y es necesaria una revisión, en cuyo caso, a propuesta de los administradores y decisión de los socios, procederá –en las SA, aunque no en las SL– tomar medidas correctoras de la situación (LSC 327 y 363.1.d).

Estas medidas impuestas por el legislador serán o bien el aumento legal de la cifra de capital para que, aún con las pérdidas acumuladas en balance, recuperemos el equilibrio de capital y patrimonio –pues al aumentar el capital desciende la proporción que de éste representan las pérdidas– o al contrario la reducción del capital con cargo a pérdidas, desapareciendo éstas del balance –total o parcialmente– y recuperando igualmente el equilibrio al menos en los términos legales.

Ambas alternativas van encaminadas a conseguir que la cifra del capital, información externa, mantenga una correcta relación con la cuantía del patrimonio neto, información interna pero que representa la situación real, y unidas al depósito de cuentas anuales pretenden asegurar la trascendencia al exterior del equilibrio o desequilibrio patrimonial, en aras de la seguridad del tráfico mercantil y para evitar las insolvencias «por sorpresa», es decir que se trata de un conjunto de normas encaminadas a garantizar la seguridad del tráfico mercantil. La norma legal impone la reducción del capital (LSC 327) si bien nada obsta a la recuperación del equilibrio mediante el aumento en la proporción necesaria.

La opción a adoptar como más conveniente en cada caso dependerá de varios factores, entre otros de la propia confianza de los socios en el proyecto, pues será difícil convencerles de tomar un mayor riesgo aumentando las aportaciones si la realidad se desvía demasiado de lo presupuestado. Así lo natural parece que sería reducir el capital trasladando nominalmente la pérdida del patrimonio de la sociedad al de los accionistas, pero esta solución adolece de tres defectos: por un lado el impacto psicológico en los propios socios y en el mercado, pues supone reconocer una planificación errónea del proyecto, además denota escasa confianza de los propios socios en el proyecto, ya que no aceptan tomar mayor riesgo. Finalmente tiene un importante coste económico adicional, pues al desaparecer las pérdidas del balance ya no podrán ser compensadas fiscalmente con beneficios futuros, es decir que éstos, cuando se produzcan, tributarán íntegramente aun cuando no sean reales en la cuantía equivalente a las pérdidas amortizadas con capital, que ya no podrán deducirse de los beneficios obtenidos.

Por todo ello es solución frecuente la combinación proporcionada de ambas opciones, reduciendo el capital para cubrir parcialmente el desequilibrio, y aumentándolo en una cuantía menor de la que habría sido necesaria de mantenerse en balance las pérdidas en su integridad (LSC 343). Se trata de la llamada «operación acordeón», por la cual el capital se encoge y se ensancha sucesivamente como el fuelle que proporciona aire al instrumento musical.

Pero las pérdidas continuadas de gestión pueden aún llevar a peor situación a la sociedad. El *semáforo rojo* se encenderá para la actividad social en el instante en que el patrimonio neto, como consecuencia de las pérdidas acumuladas, se reduzca por debajo de la mitad del capital social. En este momento se produce, según la opinión legal, la evidencia de que las cosas van demasiado mal y hay que parar inmediatamente y reconsiderar si el proyecto es o no viable.

El legislador parece opinar que en estas circunstancias ya no lo es, por ello ordena la inmediata –en término de dos meses– disolución y posterior liquidación de la sociedad, si bien queda la alternativa a los socios de apurar la situación, ya sea mediante la reducción del capital por pérdidas –que puede además llevar a la obligación de cambiar de modelo social si se reduce por debajo del mínimo correspondiente– o bien con el aumento necesario para el reequilibrio (LSC 363.1.d). Todo ello será posible sólo en el caso de que no se haya incurrido en los presupuestos objetivos que dan lugar a la obligación de constituirse en concurso voluntario de acreedores.

Mediante el conjunto de las medidas descritas, la ley pretende proteger al mercado contra la insolvencia, manteniendo a las sociedades capitalistas dentro de unos parámetros teóricos de solvencia que aseguren el cumplimiento de sus obligaciones ante terceros.

Pero además de los supuestos indicados, existen otras muchas situaciones en que las sociedades, no ya por obligación sino por conveniencia o interés concreto, pueden precisar de mayor capital a su disposición o bien por el contrario tenerlo en exceso, adoptándose entonces voluntariamente las decisiones de aumentar o disminuir el capital social, según los procedimientos que a continuación se detallan.

2.3. REFLEJO ESTATUTARIO DE LAS OPERACIONES DE AUMENTO Y REDUCCIÓN: REQUISITOS COMUNES

Ambas operaciones, aumento y reducción del capital social, son modificaciones estatutarias, por lo cual están sometidas al régimen general de éstas y comparten los requisitos necesarios que más arriba se han expuesto (LSC 296.1 y 318.1).

Así, las dos precisarán reformar los estatutos, ya que tanto si se aumenta como si se reduce el capital social será necesario dar nueva redacción a las normas estatutarias que recogen la cifra del capital social, su distribución, y el número y las características de las acciones o participaciones en que el capital se divide. Será entonces necesario alterar bien el nominal de las acciones o participaciones, bien el número de las mismas. Si la cifra de capital aumenta, habrá que emitir nuevas acciones o participaciones, o incrementar el valor nominal de las preexistentes (LSC 295.1); por el contrario si se disminuye, o se amortizan íntegramente, cancelándolas, parte de las acciones o participaciones o bien se reduce el nominal –de todas o de algunas de ellas– proporcionalmente al decremento del capital, cabe también la reducción mediante reducción del nominal y agrupación de acciones elevándolo de nuevo (LSC 317.2).

Será por lo tanto necesario para la aprobación de los acuerdos la publicación de la convocatoria con mención expresa de la operación propuesta y los artículos de los estatutos afectados. Asimismo la redacción del informe específico en el que habrá de constar la cuantía del aumento o reducción y su justificación y finalidad, la nueva redacción del o los artículos correspondientes en los estatutos sociales, con mención de la nueva distribución del capital en acciones o participaciones y el nominal y características de las mismas, así como la mención del derecho de los socios a la consulta del informe en el domicilio social y al envío gratuito del mismo (LSC 318.2).

El acuerdo habrá de adoptarse en junta general, que se constituirá con los requisitos especiales de quórum previstos para las modificaciones estatutarias en las SA y SCA (LSC 194). Las mayorías serán las reforzadas previstas para las SL en el supuesto general (LSC 199, a), y para las SA y SCA en los supuestos de asistencia inferior a la mitad del capital social (LSC 201.2). Como supuesto especialísimo debe mencionarse que para la aprobación del aumento de capital con nuevas aportaciones mediante el simple incremento de nominal de las acciones o participaciones será necesario el consentimiento de la totalidad de los socios, ya que no es posible obligar a realizar nuevos desembolsos a los socios que no quieran hacerlo; sin embargo, este consentimiento no será exigible, bastará la mayoría, cuando el aumento se plasme en incremento del nominal pero su contravalor consista en reservas o beneficios no distribuidos (296.2).

Por último, aprobado el acuerdo, será necesaria su escrituración recogiendo la nueva redacción de los estatutos, la inscripción de lo escriturado en el Registro Mercantil correspondiente y la publicación en el BORME (LSC 314-315).

A estos requisitos generales se añadirán, ya dependiendo de las características de la operación concreta que se realice, otros especiales que se exponen a continuación.

3. OPERACIONES DE AUMENTO DEL CAPITAL SOCIAL

La ampliación del capital es el proceso jurídico que tiene por objeto la elevación de la cifra del capital social inscrita en el registro. Al venir determinada esta cifra por los estatutos, es obvio que cualquier operación que afecte a la misma habrá de suponer necesariamente la modificación estatutaria (LSC 296.1).

El reflejo estatutario de la ampliación afectará necesariamente a la cifra del capital social, y podrá hacerlo también, alternativamente, al número de acciones emitidas por la sociedad, si se lleva a cabo mediante la emisión de nuevas acciones o participaciones, o al valor nominal de las preexistentes, ya que puede hacerse la ampliación mediante simple aumento del nominal, sin necesidad de emitir acciones nuevas (296.2). La necesidad real o conveniencia de la ampliación puede venir justificada por diferentes razones, que a su vez permiten clasificar las diferentes modalidades en atención a las necesidades que se pretende cubrir con la operación (LSC 295.2).

3.1. MODALIDADES

Básicamente, las razones serán la necesidad de allegar más fondos o la adecuación de la cifra del capital social al patrimonio real de la sociedad, tanto porque éste haya aumentado como disminuido. Téngase en cuenta que el capital social inscrito es una cifra permanente y casi inmutable, constituida por las aportaciones realizadas por los socios, mientras el patrimonio es una cifra en constante variación.

Dependiendo del contravalor de las acciones o participaciones, es decir de la procedencia de los fondos que pasarán a integrarse en el capital social, podemos establecer diversas modalidades de aumento de capital:

a) Algunas de ellas conllevarán un aumento efectivo tanto del capital como del patrimonio, por tratarse de la aportación real de nuevos fondos a la actividad social, es decir que producirán un aumento del activo contable. Se trata de los incrementos de capital con nuevas aportaciones realizadas bien por los socios, bien por terceros, es decir ampliando el número de socios de la entidad. En estos supuestos, normalmente, se procederá a la emisión de nuevas acciones, salvo que se produzca la suscripción íntegra de las nuevas acciones por los socios preexistentes y en la misma proporción que cada uno tenía en el capital primitivo, en cuyo caso será posible proceder por el simple incremento proporcional del nominal de las participaciones preexistentes, que requiere acuerdo unánime de todos los socios (LSC 296.2).

Un grupo especial de éstas supone la reestructuración del patrimonio social a través de la reducción del pasivo, es decir mediante la conversión de deudas de la empresa en capital social. Puede hacerse tanto mediante la conversión en capital de deudas ordinarias como a través de la conversión de obligaciones en acciones, y en ambos supuestos requiere necesariamente de la emisión de nuevas participaciones, ya que los suscriptores del incremento de capital son acreedores y no socios, lo que impide la simple elevación del nominal, salvo el rarísimo supuesto de que todos ellos fueran a la vez socios y acreedores u obligacionistas, se respetase en la conversión la participación de cada uno en el capital social preexistente y existiese además acuerdo unánime sobre el procedimiento.

Ha de tenerse en cuenta que en todos los supuestos de aumento real del patrimonio, si se trata de SA o SCA, será preciso que se desembolse la cuarta parte del nominal de las acciones nuevas o, si se procede por aumento del nominal, que esté previamente desembolsado –o se exija el desembolso– en la misma proporción del nuevo nominal de las acciones

(LSC 79 y 296.3). En las SL el capital desembolsado habrá de ser siempre el nominal íntegro de las participaciones, ya sean nuevas o incrementadas en su valor (LSC 78).

b) Otros supuestos de aumento del capital no afectarán a la cifra del patrimonio, por ser consecuencia de la simple reestructuración del reflejo contable de los recursos propios; estos casos se traducirán en un nuevo reparto contable del neto patrimonial sin incremento del patrimonio social ni del número de socios. Es el caso de los aumentos con cargo a reservas o beneficios, que tanto pueden realizarse mediante el aumento del valor del nominal de las acciones preexistentes –que en este caso no requiere el consentimiento de todos los socios al no existir obligación de desembolso (LSC 296.2)– como mediante la emisión de nuevas acciones «liberadas», es decir que se entregan a los socios sin contraprestación aparente por su parte. Decimos aparente porque en realidad la contraprestación se ha producido previamente con la renuncia a retirar del patrimonio social, en concepto de dividendos, parte o la totalidad de los beneficios producidos por la actividad, por lo que no se contraviene la norma (LSC 59) de realidad y efectividad de las aportaciones de los socios a capital.

3.2. CAPITAL AUTORIZADO

A pesar de que el aumento de capital debe ser necesariamente aprobado por acuerdo de la junta general, la ley reconoce la posibilidad de que este acuerdo solo se pronuncie sobre el hecho concreto de la ampliación, delegando en el órgano de administración ciertas facultades de decisión y ejecución de lo acordado (LSC 297) supuesto que designamos con la denominación de capital autorizado.

La ley reconoce dos modalidades diferentes de la institución, según la extensión de la delegación de facultades de la junta en los administradores. En la primera de ellas, la delegación más corta, los socios aprueban en junta la ampliación de capital, determinando solamente su cuantía (LSC 297.1.a) y estableciendo un plazo máximo de un año para su ejecución –salvo en el supuesto de conversión de obligaciones en que no existe este máximo– que llevarán a cabo los administradores. Queda por tanto a decisión del órgano de administración la fecha exacta en que se realizará la ampliación de capital, así como la determinación de las condiciones del aumento que no hayan sido expresamente especificadas en la autorización de la junta.

En la segunda modalidad de capital autorizado, más amplia, los socios se limitan a aprobar en junta la autorización genérica a los administradores

para ampliar el capital. Esta autorización está limitada por la ley (LSC 297.1.b) tanto en el plazo de su validez temporal –máximo de cinco años– como en la cuantía de la ampliación, que no podrá exceder del cincuenta por ciento del capital social en el momento en que se concede la autorización, si bien esta suma podrá alcanzarse de una sola vez o en varias ampliaciones sucesivas dentro del plazo autorizado. Se determina también legalmente el contravalor de la ampliación, que sólo podrá consistir en aportaciones dinerarias.

En ambas modalidades los administradores quedan implícitamente autorizados también para dar la nueva redacción, según corresponda a la ampliación llevada a efecto, de los artículos de los estatutos sociales relativos tanto a la cifra de capital como a su distribución y características de las acciones o participaciones.

3.3. OPERACIONES DE AUMENTO DEL PATRIMONIO SOCIAL

Se exponen a continuación las diferentes opciones de aumento de capital que suponen simultáneamente el incremento del patrimonio de la sociedad. En todas ellas, como regla común, se establece la obligación de desembolso efectivo desde el momento de la asunción de las nuevas participaciones o de la suscripción de las acciones (LSC 312). Además, y por tratarse de la aportación de nuevos recursos, debe tenerse en cuenta tanto el derecho de los socios a mantener proporcionalmente su participación en el haber social, como las posibilidades de suprimir ocasionalmente este derecho.

3.3.1. Derecho de suscripción preferente

La facultad de los socios de mantener su participación proporcional en el haber social, o derecho de suscripción preferente, viene reconocida por la ley entre los derechos del socio (LSC 93.b) para todos los tipos de sociedad capitalista, y se plasma tanto en la asunción de las nuevas participaciones de las SL como en la suscripción de las nuevas acciones de la SA y SCA, así como en la suscripción de obligaciones convertibles.

En todas las operaciones de aumento del patrimonio social con nuevas aportaciones, los socios ostentan la preferencia en la asunción del compromiso de realizar las nuevas aportaciones al capital social, derecho que reconoce nuevamente la ley al tratar de las ampliaciones de capital (LSC 304.1). Este derecho solo queda excluido legalmente en los supuestos de emisión de acciones por absorción total o parcial de otra entidad –pues las acciones nuevas habrán de canjearse por las de la sociedad absorbida– y en los de conversión de obligaciones en acciones (LSC 304.2).

El fundamento de este derecho está en su valor económico, y es consecuencia de los también reconocidos derechos a participar tanto en las ganancias sociales como en el patrimonio (LSC 93.a) resultante de la liquidación de la sociedad. Se justifica económicamente por el hecho de la dotación de reservas, que incrementan el patrimonio social sin un correlativo aumento del capital, así el valor contable de la acción –patrimonio neto dividido por número de acciones– aumenta por encima de su valor nominal en virtud de la acumulación de beneficios no distribuidos, reservas, en el patrimonio neto. La dotación de reservas es por lo tanto el sistema de autofinanciación de la sociedad, pues al dotarlas los socios renuncian a percibir los dividendos que les corresponden como consecuencia del resultado del ejercicio, permaneciendo estos en poder de la sociedad e incrementando su patrimonio, lo que a su vez se traduce en un mayor valor contable de las acciones o participaciones sociales, y con ello en un aumento teórico y correlativo del patrimonio individual de los socios.

Si en esta situación se emitiesen nuevas participaciones por el mismo valor nominal de las preexistentes, el valor contable de éstas se reduciría al repartirse las reservas constituidas entre un mayor número de acciones. Es decir que las nuevas participaciones se verían beneficiadas injustamente, al participar de unas reservas que no han contribuido a crear. Por ello, los socios preexistentes deben disponer del derecho a asumir las nuevas participaciones en la misma proporción en que ya participan del capital social, de manera que puedan mantener la que tenían en las reservas que han constituido.

Por lo tanto este derecho de suscripción preferente tiene un valor económico determinable: el de la proporción que corresponderá a las nuevas participaciones en las reservas previas; derecho que es además transmisible a terceros con las mismas condiciones y restricciones que lo serían las acciones o participaciones preexistentes que otorgan la preferencia en la suscripción de las nuevas (LSC 306), y que deberá ser compensado en caso de supresión del derecho. Consecuentemente resulta posible tanto el ejercicio del derecho de suscripción por los socios que lo ostentan, como su transmisión por éstos a tercero y, finalmente, la supresión del mismo con carácter general en determinadas circunstancias, además de su inexistencia en los supuestos arriba mencionados.

3.3.1.1. Ejercicio del derecho

Establece la LSC la necesidad de determinar un plazo mínimo, para el ejercicio por los socios del derecho de suscripción preferente, de un mes

desde la publicación del anuncio de oferta de las nuevas participaciones en el BORME (LSC 305.2). Este plazo podrá ampliarse en las SL por decisión de la junta en el acuerdo de ampliación, y en las SA por decisión de los administradores (LSC 305.1).

A su vez la publicación del anuncio en el BORME podrá sustituirse por notificación individualizada a los socios en las SL. Este procedimiento individual podrá igualmente adoptarse en las SA en los casos en que todas las acciones emitidas sean nominativas. La notificación habrá de hacerse por escrito tanto a los socios como, en su caso, a los usufructuarios que estén inscritos en el Libro de Acciones nominativas (SA) o en el Libro de socios (SL), computándose el plazo en estos casos desde el envío de la notificación a sus destinatarios (LSC 305.3).

Como particularidad de las SL, dispone la ley –con posibilidad de regulación distinta e incluso exclusión en los estatutos sociales– un derecho de suscripción preferente de segundo grado (LSC 307), consistente en la posibilidad de que los socios que han asumido las participaciones que proporcionalmente les corresponden, puedan en una segunda vuelta asumir igualmente aquéllas que no hayan sido suscritas por sus iniciales titulares. En caso de existir varios interesados, las participaciones no aceptadas se repartirán de nuevo entre ellos proporcionalmente a la cuota inicial de cada uno. Este derecho de segundo grado existe durante los quince días siguientes a la expiración del plazo inicial de suscripción, agotados ambos plazos la sociedad podrá ofrecer a terceros, durante un nuevo plazo de quince días, las participaciones que no hubieran sido cubiertas por los socios en las dos oportunidades previas.

3.3.1.2. Supresión del derecho: prima de emisión

La junta puede suprimir el ejercicio por los socios del derecho de suscripción preferente, si bien, y por tener éste un valor económico propiedad del socio, con la necesaria compensación por los nuevos socios de las reservas constituidas por los anteriores a través de la prima de emisión. Tal supresión se limita en la ley a los casos en que lo exige el interés social, como lo son los supuestos de aumento de capital por conversión de créditos y obligaciones o mediante aportación de bienes concretos.

En estos caso las acciones nuevas se emitirán por el nominal que la junta decidiera, pero la sociedad habrá de recibir, además del desembolso correspondiente al nominal, una cantidad equivalente a la diferencia entre el valor teórico y el nominal de las preexistentes, de manera que se mantenga inalterable el valor contable de éstas. Es decir que en la práctica

los nuevos accionistas no aportarán sólo el nominal de las acciones que suscriban, sino que al menos deberán alcanzar con su aportación la suma del nominal y las reservas antes constituidas en la proporción en que se aumente el capital, hasta igualar su desembolso con el valor contable de las participaciones antiguas.

Esta diferencia entre el nominal reconocido y la aportación real efectuada se denomina prima de emisión. La emisión de acciones con prima viene expresamente autorizada por la ley (LSC 298.1) y la prima deberá desembolsarse íntegramente en el momento de asumir las nuevas participaciones o de suscribir las nuevas acciones, es decir que el desembolso mínimo en este último supuesto habrá de ser el 25% del nominal de las nuevas acciones más el importe íntegro de la prima de emisión (LSC 298.2).

El acuerdo de la junta requerirá (LSC 308) un informe previo especial, elaborado por los administradores, en el que se habrán de hacer constar las personas a quienes se atribuyen las nuevas acciones o participaciones, el valor de las preexistentes y el nominal y la prima de emisión correspondientes a las nuevas. A este informe, en las SA, deberá añadirse un segundo informe realizado por un auditor de cuentas diferente del de la sociedad, que habrá de ser nombrado por el Registro Mercantil. La convocatoria de la junta deberá recoger la propuesta de supresión del derecho de suscripción preferente, la proporción entre nominal y prima de emisión y la certificación de que el nominal de las nuevas acciones más la prima de emisión se corresponde con el valor real o contable atribuido en el informe a las participaciones antiguas.

3.3.2. Aumento mediante nuevas aportaciones

Se trata del supuesto más sencillo de aumento de capital, en el que el contravalor de las acciones se percibe directamente por la sociedad, ya sea mediante la entrega de dinero efectivo o mediante aportaciones en especie, es decir la transmisión de bienes o derechos a la sociedad a cambio de las acciones emitidas.

En el supuesto de aportaciones dinerarias, la ley no exige más requisito previo –del que se exige a las entidades aseguradoras (LSC 299)– que el total desembolso de las acciones preexistentes. Es decir que no cabrá aumento de capital con aportaciones dinerarias mientras existan dividendos pasivos pendientes de cobro. Sin embargo y excepcionalmente, para evitar que un socio perjudique a la sociedad reteniendo el desembolso del dividendo pasivo –supuestos de mora del accionista– se autoriza el aumento de capital si el desembolso pendiente no supera el tres por ciento del total del capital social.

Si se trata de aportaciones no dinerarias será necesario, antes de la junta a cuya decisión se someta el aumento, el informe previo de los administradores (LSC 300) sobre las aportaciones concretas, con detalle de su valoración e identificación de quienes realicen las aportaciones, así como del número y valor nominal de las acciones a entregar a cambio y la total cuantía del aumento de capital. Como en todos los casos en que se requiere informe especial, en la convocatoria habrá de hacerse constar el derecho especial de información de los socios sobre el particular.

3.3.3. Conversión de créditos ordinarios y obligaciones en capital

Cabe también el aumento de capital realizado con cargo a créditos ordinarios, a través del cual el acreedor recibe, en lugar de la devolución del crédito a su favor, participaciones o acciones, de manera que el valor contable de éstas sea equivalente al importe de la cantidad adeudada. La ampliación de capital en estos supuestos tiene un tratamiento similar al de las aportaciones en especie, con renuncia de los socios al derecho de suscripción preferente, por lo que requiere igualmente del informe especial de los administradores, que habrá de ser puesto a disposición de los socios para su consulta o solicitud de envío (LSC 301.2 y 4). Al informe anterior se añade, en las SA, el requisito de que el auditor de cuentas de la sociedad –si no se auditare anualmente, el auditor será nombrado por el Registro Mercantil específicamente para evacuar este informe– certifique la realidad de la deuda y la certeza de los datos facilitados por los administradores en su informe (LSC 301.3), certificación ésta que además habrá de incorporarse a la escritura de ampliación del capital.

En cuanto a requisitos económicos, la ley dispone, en correlación con las obligaciones de desembolso, que los créditos convertidos en capital habrán de ser necesariamente líquidos (LSC 301.1). Además en la SL habrán de ser totalmente exigibles, para cumplir con el requisito de su desembolso íntegro, y en las SA habrán de ser exigibles en un 25% para cumplir con la correlativa obligación de desembolso de la cuarta parte del valor nominal de las acciones. Lógicamente, en el caso de que la emisión de las nuevas participaciones se realizase con prima de emisión, el importe de ésta habrá de sumarse a la parte del crédito que ha de ser exigible en el momento de la ampliación.

En cuanto al aumento mediante conversión de obligaciones deben tenerse en cuenta dos supuestos diferentes. Por una parte la conversión de obligaciones ya emitidas como convertibles, de otro lado la conversión de obligaciones ordinarias. En el primer supuesto necesariamente se habrá

de estar al contenido del acuerdo de emisión, en el que constarán las condiciones y plazos de conversión (LSC 302). En el segundo supuesto, aunque la ley no establece aquí norma específica, debe entenderse que cabe la posibilidad de la conversión no acordada en el momento de la emisión, pero necesariamente habrá de someterse a la decisión del sindicato de obligacionistas tras el acuerdo de ofrecimiento por la junta general.

3.4. SUSCRIPCIÓN PÚBLICA DE NUEVAS ACCIONES

Una vez agotado el plazo para el ejercicio del derecho de suscripción preferente, o en los supuestos en que éste se haya suprimido, procederá la oferta de las acciones a suscripción pública, de la que también quedan exceptuados los supuestos de conversión de créditos en capital o de aportaciones en especie concretas.

Para esta oferta de las acciones a suscripción pública, deberá la sociedad emitir el boletín de suscripción, documento que sirve a la vez de resguardo y control de las suscripciones realizadas y de publicidad de las condiciones de la emisión, es decir que se trata en la práctica de un contrato de adhesión mediante el que los suscriptores obtienen el detalle de las condiciones de la ampliación de capital y el resguardo o comprobante de la suscripción y el desembolso realizados, hasta el momento en que sea sustituido por las acciones, en su caso. Por ello el boletín debe contener las menciones de las condiciones esenciales de la emisión (LSC 309).

Así figurarán los datos de identificación completa de la sociedad –denominación, domicilio y datos registrales– y del suscriptor concreto, además del número de acciones suscritas, con constancia del nominal y en su caso de la prima de emisión y de la cantidad desembolsada desglosada en ambos conceptos, así como la firma del suscriptor y del receptor del desembolso y la fecha de la operación. Se completa el boletín con los datos de información relativos a entidad de crédito interviniente en la suscripción y la fecha a partir de la cual podrá el suscriptor reclamar la restitución de sus aportaciones si la ampliación resultase fallida económica o formalmente, es decir que no resultase cubierta o se hubiese incurrido en defecto que impida la inscripción de la operación en el Registro Mercantil.

Dispone finalmente la ley que el suscriptor tiene derecho a la entrega de una copia firmada del boletín de suscripción, que hace para él las veces de resguardo o comprobante de la operación., ya que está obligado a realizar el correspondiente desembolso desde el momento en que asume las participaciones o suscribe las acciones (LSC 312).

3.5. EL AUMENTO INCOMPLETO

Previendo la posibilidad de que el aumento de capital ofrecido no sea cubierto en su integridad, regula la ley de distinta forma las consecuencias de este aumento incompleto, según se trate de SL o de SA.

En las SL (LSC 310), se establece como norma el que el incremento se llevará a efecto por el importe efectivamente cubierto y desembolsado en los plazos previstos, ya sea por los socios –en uso de sus derechos de suscripción preferente de primer y segundo grado– o por terceros en el ofrecimiento libre arriba mencionado. No obstante se permite la posibilidad de que el acuerdo de aumento de capital aprobado en la junta quede sin efecto si no se cubriese íntegramente; en este supuesto el órgano de administración quedará obligado a la restitución de las aportaciones realizadas en concepto de desembolso de la ampliación de capital malograda. La devolución habrá de realizarse en plazo de un mes desde el vencimiento del último plazo hábil para el desembolso, normalmente la oferta a terceros, salvo que el acuerdo niegue esta posibilidad. Si fueran dinerarias las aportaciones realizadas cabrá la posibilidad de consignar las cantidades a devolver en una entidad de crédito y a favor de quienes realizaron las aportaciones, debiendo notificarse a éstos la consignación realizada. La notificación habrá de ser escrita y en la misma se harán constar tanto la fecha de la consignación como la entidad de crédito elegida para el depósito.

Si se trata de SA (LSC 311) se toma la solución exactamente contraria a la descrita para las SL. Así, en lugar de establecer como norma la ampliación por el importe suscrito, se opta legalmente por considerar sin efecto el incremento de capital si no es cubierto en su integridad, permitiéndose la concreción del aumento de capital al realmente suscrito sólo en el caso en que el acuerdo de la junta lo haya previsto así expresamente. En el supuesto de malograrse la ampliación, será necesario publicar en el BORME el anuncio de que el aumento de capital ha quedado sin efecto, debiendo restituir las aportaciones en el mes siguiente al vencimiento del plazo inicialmente previsto para la suscripción. De ser éstas dinerarias cabe la devolución directa por la sociedad a quienes las realizaron, o bien mediante consignación a su favor. Se limitan también las entidades depositarias de la consignación, que sólo podrá realizarse en el Banco de España o la Caja General de Depósitos.

3.6. OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN CONTABLE DEL PATRIMONIO SOCIAL

El aumento de capital con cargo a reservas o a beneficios no distribuidos no supone en realidad un aumento correlativo del patrimonio social,

sino una reestructuración contable del mismo, cuya cuantía permanecerá inalterada por la operación. Se trata en realidad de incrementar la cifra del capital social reduciendo correlativamente la de las reservas, es decir que se modifica la estructura de los recursos propios pero no su cuantía.

La primera, y obvia, precaución legal ha de ser en estos casos el control de la realidad patrimonial de la nueva cifra de capital, lo que exige que la contrapartida sean reservas efectivas y no ficticias, pues de lo contrario la cifra de capital no tendría correspondencia con una aportación real, incumpléndose la exigencia de efectividad de la aportación exigida por el artículo 59 de la LSC.

Se materializa este control a través de la exigencia (LSC 303.2) de que el balance que sirva de base a la ampliación tenga una antigüedad inferior a los seis meses previos al acuerdo, y que además sea verificado por el auditor de cuentas de la sociedad o por un auditor nombrado al efecto por el Registro Mercantil si la sociedad no está obligada a la auditoría anual.

Son válidas como contrapartida del incremento de capital las reservas voluntarias y disponibles en su integridad, así como las procedentes de la asunción de participaciones o suscripción de acciones con prima de emisión. En cuanto a la reserva legal será apta en su totalidad como contrapartida de las nuevas participaciones en las SL, pero en las anónimas sólo en la cuantía en que exceda del 10% del capital ampliado, es decir que una vez que se haya efectuado la ampliación la reserva legal habrá de ser como mínimo del 10% del nuevo capital.

En cuanto al aumento específico con cargo a beneficios no distribuidos (pendiente de aplicación) nada dice la ley, de donde cabe deducir que será válida la ampliación cumpliéndose los requisitos establecidos para las reservas. No obstante, y puesto que la constitución de reservas se lleva a cabo mediante acuerdo de la junta, ante los posibles problemas de interpretación restrictiva de la norma, parece aconsejable tomar primero el acuerdo de aplicación de los beneficios a reservas y acto seguido convertir éstas en capital.

3.7. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL

Sea cual fuere la modalidad del aumento de capital, en todos los casos será necesario, para finalizar la operación, el otorgamiento de escritura pública que lo refleje y su inscripción en el Registro Mercantil.

La escritura deberá recoger el detalle de la operación realizada, expresándose los bienes o derechos aportados a la sociedad y el importe de la

ampliación, así como el contravalor en acciones o participaciones emitidas y la nueva redacción de los estatutos, encomendada a los administradores, en la que figurará la distribución del capital tras la ampliación, con constancia de la nuevas series y numeraciones de la acciones creadas y el nominal de las mismas, o del nuevo nominal de las preexistentes si se hace la ampliación por aumento del nominal. Igualmente figurará la identificación individualizada de los aportantes, las acciones o participaciones concretas adjudicadas a cada uno de ellos y la declaración de los administradores de la constancia en los correspondientes libros de registro de socios (LSC 314).

Una vez otorgada la escritura, se presentarán a inscripción simultáneamente el acuerdo de ampliación de capital y la definitiva ejecución del mismo, si bien se exceptúa de la simultaneidad, inscribiéndose primero solamente el acuerdo, el caso en que una SA acuerde la ampliación previendo la suscripción incompleta y la emisión haya sido autorizada por la CNMV.

Si por cualquier circunstancia transcurriesen seis meses desde la puesta en marcha de la ampliación –mediante la apertura del plazo para ejercer el derecho de suscripción preferente– sin que su acuerdo y ejecución se presenten a inscripción registral, los titulares de las nuevas aportaciones realizadas podrán exigir la cancelación de la obligación de desembolso, en su caso, de los dividendos pasivos y la restitución íntegra de lo aportado, con el interés legal si la causa de la falta de presentación resultase imputable a la sociedad (LSC 316).

4. OPERACIONES DE DISMINUCIÓN DEL CAPITAL SOCIAL

La reducción del capital es el proceso contrario al aumento, y tiene por objeto la disminución de la cifra de capital social inscrita en el registro, por lo que representa igualmente la necesidad de modificar los estatutos y su inscripción en el Registro Mercantil (LSC 318.1 y 319), previa publicación de un anuncio del acuerdo de reducción tanto en el BORME como en un diario de gran circulación en la provincia donde la sociedad tenga su domicilio.

El reflejo estatutario de la disminución afectará necesariamente a la cifra del capital social, y podrá hacerlo también, alternativamente, al número de acciones emitidas por la sociedad, si se lleva a cabo mediante la amortización íntegra de algunas acciones o a su agrupación, o sólo a su valor nominal, ya que también cabe reducir el capital mediante simple disminución del nominal de todas o solo parte de las acciones o participaciones sociales (LSC 317.2). La reducción puede, como la ampliación, obedecer

a diferentes razones, que justifican la existencia de distintas modalidades, en atención a las necesidades que se pretenda cubrir con la operación.

El acuerdo de la junta que apruebe la reducción de capital mencionará obligatoriamente la cuantía y finalidad de la reducción, el procedimiento elegido para llevarla a cabo, el plazo de ejecución y la cantidad que se haya de abonar a los socios en los casos de devolución de capital (LSC 318.2).

4.1. MODALIDADES

Básicamente, las razones de la reducción de capital serán el exceso innecesario de fondos a disposición de la actividad o la adecuación de la cifra del capital social al patrimonio real de la sociedad, cuando éste haya disminuido en exceso como consecuencia de pérdidas de la actividad. La propuesta de reducción de capital, como la de ampliación o las de modificación de los estatutos, deberá ir siempre acompañada de un informe especial, en el que habrá de hacerse mención expresa de la cuantía y finalidad de la reducción, procedimiento para realizarla y, en su caso, la cantidad a abonar a los socios (LSC 318.2).

Dependiendo del contravalor de las acciones o participaciones amortizadas, es decir del destino de los fondos que se restan del capital social, cabe distinguir dos modalidades básicas de reducción (LSC 317.1), que a su vez pueden revestir diferentes procedimientos.

a) De una parte aparecen las que suponen una disminución efectiva tanto del capital como del patrimonio, supuestos que lógicamente causarán también una reducción del activo contable. Se trata de las reducciones de capital con devolución parcial de aportaciones, que suponen normalmente la reducción del valor nominal de las participaciones, por tratarse de la devolución a los accionistas de parte de lo aportado. Cabe igualmente la devolución a algunos socios del total que aportaron en cuyo caso procederá la amortización íntegra de las acciones preexistentes afectadas, es el caso de la reducción del capital mediante adquisición de acciones propias, y puede aparecer además como consecuencia del ejercicio por los socios del derecho de separación (LSC 358). Por último un caso especial de devolución de aportaciones, específico de las SA y SCA, se produce con la reducción del patrimonio social a través de la minoración del activo, que se realiza renunciando a la exigencia del capital suscrito y no desembolsado, es decir mediante la condonación de dividendos pasivos.

b) Otras no afectarán a la cifra del patrimonio por tratarse de la reestructuración, obligatoria o voluntaria, del reflejo contable de los recursos

propios. Suponen una nueva distribución contable del neto patrimonial pero no producirán disminución del patrimonio social ni del número de socios. Es el caso de las reducciones para la dotación de reservas, que tanto pueden realizarse mediante la disminución del nominal de las acciones preexistentes como mediante la amortización de acciones. También se incluyen en este apartado las reducciones de capital para la compensación de pérdidas, en las que se cancelan contablemente las pérdidas acumuladas trasladándolas directamente al patrimonio de los accionistas.

4.2. OPERACIONES DE REDUCCIÓN DEL PATRIMONIO SOCIAL

Analizaremos seguidamente las distintas posibilidades de reducción del capital que suponen simultáneamente la disminución del patrimonio de la sociedad. En todas ellas, como regla común, se establece la obligación de proteger a los acreedores sociales, para quienes la reducción del patrimonio supone lógicamente una correlativa minoración de la solvencia de la sociedad que podría producir perjuicio a sus derechos de cobro. Para evitar, o al menos paliar, este riesgo, establece la ley distintas opciones según se trate de SA o de SL, que se analizarán en el siguiente epígrafe.

En todas las operaciones de reducción del patrimonio social se produce de forma directa o indirecta la devolución, total o parcial y a todos o solo a una parte de los accionistas o partícipes, de sus aportaciones a la sociedad. El procedimiento básico es por lo tanto la reducción mediante devolución de aportaciones, pero puede revestir diversas formas específicas.

4.2.1. Devolución de aportaciones

El supuesto más sencillo es la devolución en metálico de parte de su aportación a capital a la totalidad de los accionistas o partícipes, aplicando la regla de prorrata que la ley (LSC 330) establece como principio general, es decir reduciendo todas ellas en un mismo porcentaje, a no ser que por unanimidad se adoptase otro sistema de reparto.

Queda también expresamente autorizada la posibilidad de que la reducción no afecte a todas las participaciones sociales, sino solo a parte de ellas (LSC 329). Para estos casos, y tanto si se trata de devolución parcial como amortización total, la ley establece un sistema de protección de los socios afectados, consistente para las SL en la aceptación expresa e individual de cada uno de los socios afectados, y en las SA en la aprobación por acuerdo separado de los afectados, con remisión expresa al artículo

293 LSC, que más arriba hemos citado al hablar de las reglas especiales de protección de los socios ante las modificaciones estatutarias.

No regula la ley especialidad alguna en el supuesto de condonación de los dividendos pasivos, expresamente autorizada por el artículo 317.1 *in fine* LSC. Como en definitiva la condonación de la obligación de aportar el capital suscrito es equivalente a una devolución de aportaciones, entendemos aplicables las mismas reglas que en los supuestos anteriores, con la salvedad de que no existirá entrega o devolución en metálico, sino cancelación total o parcial de los saldos a favor de la sociedad en las cuentas de accionistas deudores por dividendos pasivos.

4.2.2. Adquisición de acciones propias

Finalmente, si la reducción se plantea mediante la amortización total de parte de las acciones o participaciones sociales, deberá procederse mediante el sistema de adquisición para su amortización. El procedimiento legal requiere en primer lugar el acuerdo de reducción específico por este sistema, que deberá precisar si afecta a todas las acciones o participaciones o solo a una clase de éstas, en cuyo caso será necesario el acuerdo separado de los socios afectados. La oferta de adquisición deberá extenderse a todos los socios de la clase o clases afectadas, o a la totalidad de los socios si afecta por igual a todas las clases de acciones (LSC 338).

Si se trata de SL la oferta de adquisición, y sus condiciones, se remitirá por escrito a todos los socios, necesariamente por correo certificado con acuse de recibo (LSC 339.1) y computándose el plazo desde este envío (LSC 340.1); en el caso de SA habrá de publicarse en el BORME y en un diario, expresando todas las condiciones relevantes de la operación, las consecuencias en caso de no alcanzarse la adquisición del número de acciones a amortizar previsto en el acuerdo y el plazo de validez de la oferta de adquisición, que la ley determina en el mínimo de un mes desde la última publicación (LSC 339.2). Si todas las acciones fueran nominativas el anuncio podrá sustituirse por el sistema previsto para las SL.

Concluido el plazo para la aceptación, si el número de estas excediese del previsto en la oferta se aplicará el principio de prorrata entre los aceptantes. Si no se alcanzase el total previsto se reducirá el capital en la suma de las aceptaciones, salvo que en el acuerdo se hubiese establecido consecuencia distinta. La sociedad deberá amortizar las acciones así adquiridas en el plazo de un mes desde el vencimiento del plazo ofertado para la aceptación. Si se trata de participaciones el plazo de amortización se extenderá hasta tres años desde la fecha de la oferta.

Conviene recordar que el ejercicio del derecho de separación de los socios ante las modificaciones estatutarias, o la separación automática en los supuestos en que la determina la ley, producen el efecto de una reducción de capital por el importe total de las acciones o participaciones que hayan hecho uso del mismo, con amortización de la totalidad de las mismas.

4.3. TUTELA DE LOS ACREEDORES

La ley establece dos sistemas, según se trate de SA o de SL, de protección de los derechos de los acreedores ante la reducción del patrimonio social. En el primero de los casos concede a los acreedores la posibilidad de oponerse a la reducción, con el fin de obtener el pago anticipado o bien una garantía especial. Para las SL se dispone como principio la responsabilidad limitada de los socios que hayan percibido devolución del capital.

4.3.1. Derecho de oposición de los acreedores

En las SA se dispone con carácter general el derecho de los acreedores a oponerse a la reducción de capital (LSC 334.1), cuando se trate de créditos nacidos con anterioridad a la fecha del último anuncio de la reducción, en el plazo de un mes a contar desde esta publicación. La utilización de este derecho por los acreedores obligará a la sociedad a garantizar el crédito del acreedor que lo haya ejercitado, ya sea con la garantía que entre ambos acuerden o, en defecto de acuerdo, acreditando la constitución de una fianza que habrá de ser prestada por entidad de crédito habilitada para esta función, tendrá carácter solidario con la sociedad, deberá cubrir el importe íntegro de la deuda y extenderse temporalmente no sólo al plazo de vencimiento de la obligación, sino hasta que transcurra íntegramente el plazo de prescripción de la misma (LSC 337). Lógicamente, y aunque no se dice en la ley de forma expresa, la entidad podrá también enervar la oposición pagando anticipadamente la deuda, ya que entonces el acreedor dejaría de serlo y por ello carecería de legitimidad para oponerse a la reducción.

En definitiva la norma, reconociendo que la reducción del capital reduce en igual medida la solvencia de la sociedad y por ello una variación de las condiciones previas de la obligación, pone en manos de los acreedores un mecanismo de aseguramiento del pago de la deuda para protegerles de las consecuencias de esa reducción de la solvencia. Por ello quedarán excluidos del derecho de oposición aquellos acreedores que ya gocen de una garantía específica (LSC 334.2), pues no precisan de garantía añadida para proteger sus derechos.

Por el mismo motivo queda también excluido el derecho de oposición (LSC 335) en los casos en que la reducción de capital no suponga una disminución correlativa del patrimonio social, es decir en los supuestos en que la reducción sea en realidad una reestructuración del reflejo contable de los recursos propios. Así carecerán los acreedores del derecho de oposición en los casos de reducción con cargo a pérdidas –para reequilibrar capital y patrimonio– o se produzca para la dotación de reserva legal. Permanecerá por lo tanto el derecho de oposición en todos los supuestos de reducción de capital que suponen realmente disminución del patrimonio social.

Un último supuesto de inexistencia se produce, porque tampoco hay reducción de patrimonio, si la disminución se hiciese con cargo a beneficios o reservas libres o por la amortización de acciones adquiridas a título gratuito. Se trata de dos supuestos especiales en los que la ley excluye la oposición de los acreedores, pero a la vez limita la disponibilidad de los fondos liberados, ya que obliga a que se constituya con el nominal de la reducción una reserva especial de la que la sociedad sólo podrá disponer con los mismos requisitos que si se tratase de reducir el capital. Dicho de otra forma, se autoriza en estos casos la disminución nominal del capital, pero no la disminución real correlativa del patrimonio al obligar a constituir una reserva de disponibilidad limitada por el mismo importe de la reducción.

Para las SL la ley establece como norma general un sistema totalmente diferente que analizaremos a continuación, pero permite a la vez la posibilidad de prever en los estatutos sociales el derecho de oposición de los acreedores de forma similar al descrito para las SA. En este modelo legal de derecho de oposición estatutario (LSC 333), el plazo para su ejercicio se alarga a tres meses desde la notificación personal a cada acreedor del acuerdo de reducción o, en caso de imposibilidad, la publicación de anuncio del acuerdo en el BORME y en un diario. Por lo demás se mantiene el sistema descrito en cuanto a las reglas de prorrata y de enervación del derecho mediante pago anticipado o garantía suficiente.

4.3.2. Responsabilidad limitada de los socios por las deudas sociales

En el sistema previsto como general para las SL (LSC 331) se sustituye la oposición del acreedor por la responsabilidad de los socios por las deudas sociales, en algunos casos de reducción de capital. Esta responsabilidad se establece como solidaria de los socios entre sí y con la sociedad, si bien queda sometida a una doble limitación.

El primero de los límites es de carácter temporal, ya que esta responsabilidad se extinguirá a los cinco años de inscrita la reducción en el

Registro Mercantil. El segundo límite es de cuantía: cada socio quedará responsable de las deudas sociales hasta el máximo de la cantidad efectivamente percibida de la sociedad como consecuencia de la reducción de capital (LSC 331.2). Podemos hablar de una tercera limitación por la fecha de nacimiento de la obligación, ya que tal responsabilidad no afectará a las deudas posteriores a la reducción de capital sino que se extiende sólo a las obligaciones ya existentes en el momento de la reducción de capital.

A su vez esta responsabilidad puede ser excluida por la sociedad mediante la constitución de una reserva especial del mismo importe de la reducción, que habrá de dotarse con cargo a reservas libres o beneficios no aplicados, y será además indisponible durante el mismo plazo de cinco años –que habrán de contarse desde la publicación de la reducción en el BORME– que la responsabilidad legalmente atribuida a los socios, salvo amortización anterior de la totalidad de las deudas para cuya garantía se constituye la reserva (LSC 332).

Téngase en cuenta que la responsabilidad de los socios, en su caso, está limitada para cada uno de ellos a la cuantía efectivamente percibida en concepto de reducción del capital. Ello significa que no existe tal responsabilidad si no hay restitución de capital, por lo que quedan exentas las reducciones de capital cuyo objeto sea la reestructuración del reflejo contable del patrimonio social, es decir si se hacen con cargo a pérdidas o para la dotación de reservas, los mismos casos en que se excluye el derecho de oposición en las SA.

Además la responsabilidad de los socios sería inexigible en la práctica si no se hiciese constar quienes y cuanto han recibido en concepto de restitución de capital, por lo que se exige que en la escritura de reducción se incluya la identidad de los socios perceptores de la restitución y la cuantía recibida por cada uno de ellos, que constarán inscritas en el Registro Mercantil. Alternativamente, en caso de que se constituya la reserva especial e indisponible antes citada, deberá constar expresamente en la escritura la declaración de los administradores sociales en tal sentido (LSC 331.4).

4.4. OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN CONTABLE DEL PATRIMONIO SOCIAL

Se trata aquí de aquellos supuestos en que la reducción de capital no supone realmente reducción del patrimonio, es decir que no existe una salida de fondos del patrimonio social, sino tan solo la modificación de las partidas contables que representan los recursos propios de la sociedad.

Dispone la ley la reducción obligatoria del capital social para las SA cuyo patrimonio se vea reducido, como consecuencia de la acumulación de pérdidas, a una cifra inferior a las dos terceras partes del capital social, siempre que se mantenga esta situación durante un ejercicio social completo (LSC 327), sin embargo, no existe norma equivalente para las SL. Por otra parte, y para ambos modelos de sociedad, se establece (LSC 363.1.d) la obligación de disolver la sociedad en los supuestos en que las pérdidas reduzcan el patrimonio neto por debajo de la mitad del capital social, aunque aquí la norma prevé la posibilidad de aumentar o reducir el capital en la cuantía necesaria para recuperar el equilibrio y adecuar la solvencia aparente –cifra del capital– a la solvencia contable –montante de los recursos propios según balance–. Además de las situaciones de obligación legal, cabe también la reducción voluntaria del capital por pérdidas, sin que estas alcancen las proporciones que desencadenan la aplicación del mandato legal. Ya sea voluntaria u obligatoria, la reducción de capital por pérdidas se llevará a cabo por el mismo procedimiento.

Ante todo exige la ley que el balance que refleje las pérdidas y sobre el que se ha de tomar el acuerdo de la junta tenga una antigüedad inferior a seis meses desde la fecha de la junta, esté verificado por un auditor –ya sea el social o uno nombrado al efecto por los administradores si no estuviese obligada a la auditoría anual– y haya sido aprobado en junta general (LSC 323). Tanto el balance como el informe de auditoría habrán de ser incorporados a la escritura pública que documente la reducción. A todo ello se añade el requisito (LSC 324) de dar publicidad a la causa de la reducción, ya que la finalidad de esta deberá expresarse tanto en el acuerdo de la junta como en su posterior anuncio público exigido por el artículo 319.

Se establecen además condiciones previas para que la junta pueda tomar válidamente este acuerdo. Si se trata de una SL, antes de reducir capital con cargo a pérdidas deberán haberse agotado todo tipo de reservas, si fuese una SA sólo podrá permanecer en balance la reserva legal y por una cuantía máxima del 10% del capital resultante de la reducción (LSC 322). Se prohíbe en todos los casos que esta reducción –que sólo es una reestructuración contable de los recursos propios– produzca cualquier tipo de devolución de capital a los socios o, en las SA, la condonación total o parcial del dividendo pasivo, es decir la reducción del patrimonio real de la sociedad. Por último se prohíbe el reparto posterior de dividendos mientras la reserva legal no haya sido de nuevo repuesta en el 10% del capital. Como norma general, esta reducción habrá de afectar en la misma proporción a todos los socios, reduciéndose en un mismo porcentaje la totalidad de

las acciones o participaciones sociales (LSC 320), si bien deben tenerse en cuenta los privilegios legales que asisten a las acciones y participaciones sin voto o a las estatutariamente privilegiadas.

A tal efecto recordemos que (LSC 100) las participaciones y acciones sin voto no podrán ser afectadas por la reducción de capital con cargo a pérdidas mientras subsistan sin amortizar total o parcialmente acciones o participaciones sociales ordinarias. Si la reducción produjese como efecto el que las acciones o participaciones sin voto excedieren de la mitad del capital social resultante en la SL, o del desembolsado en la SA, la sociedad dispondrá de un plazo de dos años para restablecer el equilibrio legal, transcurridos los cuales sin obtenerlo habrá de disolverse. Las acciones o participaciones sin voto solo adquirirán este derecho en el supuesto de que sean amortizadas la totalidad de las ordinarias y dispondrán de voto hasta que se recupere la proporción legalmente establecida.

En cuanto a la reducción para la dotación de reserva legal, la LSC remite a las mismas obligaciones ya establecidas para la reducción con cargo a pérdidas. Extrañamente no se prevé su extensión, al menos expresamente, para la dotación de reservas voluntarias, ni se dispone para este caso limitación o especialidad alguna. Sin embargo no cabe deducir de este silencio legal la imposibilidad de reducir capital con cargo a reservas voluntarias, ya que sí se hace mención expresa de este supuesto, autorizándolo, al enumerar la ley las modalidades de la reducción (LSC 317.1).

4.5. AUMENTO Y DISMINUCIÓN SIMULTÁNEOS: OPERACIÓN ACORDEÓN

La disminución del capital por debajo de la cifra de capital mínima legalmente establecida para cada tipo de sociedad está, lógicamente, proscribida por la ley. Por ello se determina que en caso de tomar acuerdo en tal sentido, solo será válido si simultáneamente se adopta el acuerdo de transformar la sociedad, adoptando un tipo social que admita el nuevo capital, o bien el aumento simultáneo hasta la cifra mínima establecida.

Se trata en este último caso de la llamada operación acordeón, por la que se reduce el capital y simultáneamente se aumenta, quedando la eficacia del acuerdo de reducción condicionada a la ejecución del acuerdo de aumento y por lo tanto sin efecto la reducción mientras no se ejecute el incremento (LSC 344), y prohibida su inscripción en el Registro Mercantil, salvo que al propio tiempo se presente a inscripción el acuerdo de transformación o de incremento de capital (LSC 345). El sistema descrito

encuentra su utilidad en determinados casos de obligación de reequilibrio de capital y patrimonio por pérdidas, pues permite la continuidad con un desembolso menor del que sería necesario si sólo se incrementa el capital, y a la vez permite la conservación en balance de parte de las pérdidas para la compensación de beneficios futuros, con la consiguiente ventaja fiscal.

En prevención de operaciones incompletas, se determina la disolución de pleno derecho (LSC 360.1.b) de la sociedad si transcurre un año desde el acuerdo sin que se logre la inscripción de la transformación o el aumento, desplazándose en este caso a los administradores la responsabilidad por las deudas sociales, personal y solidaria entre sí y con la sociedad.

5. MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE LAS SOCIEDADES

Se definen como modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles la transformación, fusión, escisión, cesión global de activo y pasivos y el traslado internacional de domicilio, que acarrea el cambio de nacionalidad de la sociedad afectada. Todos los indicados supuestos aparecen enumerados en el artículo 1 de la *Ley 3/2009 de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles* (en adelante LME), cuyo artículo 2 extiende su aplicación a la totalidad de las sociedades de carácter mercantil, por constitución o por objeto, con la excepción de las cooperativas, en cuyo caso se remite a la regulación de su régimen propio.

5.1. TRANSFORMACIÓN

Se entiende por transformación de una sociedad el cambio de su tipo social de adscripción, conservando su personalidad jurídica (LME 3). Cualquier sociedad mercantil o civil puede transformarse en otro tipo de sociedad (LME 4), incluso aunque se encuentre en período de liquidación, siempre que en tal caso no haya comenzado la distribución de la cuota liquidatoria entre los socios (LME 5).

5.1.1. Procedimiento

El acuerdo de transformación habrá de tomarse en junta de socios (LME 8), que se regirá conforme a la normativa aplicable al tipo social de origen (LME 10.1), y en el que se dará cumplimiento a los requisitos establecidos para la constitución del tipo social de destino, así como se recogerá el balance de transformación (LME 10.1). Como información previa al acuerdo, y desde la convocatoria de junta al efecto, deberá estar a disposición de los socios un informe especial de los administradores

(LME 9) explicativo de las causas, circunstancias y consecuencias para los socios de la transformación propuesta. Al informe se acompañarán el balance de transformación –cuya antigüedad será inferior a seis meses desde la fecha prevista para la junta– con informe de auditoría –en los casos en que la sociedad esté obligada a auditarse– y el proyecto de escritura o estatutos de la sociedad de destino. Todo ello salvo que el acuerdo de transformación se tome en junta universal y por unanimidad. En el acto de la junta, los administradores informarán a los socios de las modificaciones relevantes de activo y pasivo acaecidas entre la fecha del balance y la celebración del acto.

Alcanzado el acuerdo, habrá de ser publicado en el BORME y en un diario de gran circulación en la provincia del domicilio social, como paso previo a su escrituración (LME 14.1). Se exime de este requisito a las sociedades en el supuesto de que el acuerdo se comunique por escrito –o por medio electrónico si así se ha aceptado expresamente por cada interesado– a la totalidad de los socios y acreedores, así como a los titulares de derechos o participaciones que se eliminen como consecuencia de la transformación. Esta comunicación habrá de dirigirse a los domicilios que consten a la sociedad por notificación de los interesados o, en su defecto, a los domicilios legales, y deberá realizarse mediante un procedimiento que asegure su recepción (LME 14.2).

Tras la publicación o notificación del acuerdo, se deberá aguardar el plazo de un mes –plazo destinado a posibilitar el ejercicio de diferentes actuaciones por los socios– antes de proceder al otorgamiento de la escritura de transformación. Al otorgamiento deberán asistir tanto los representantes de la sociedad transformada como la totalidad de los socios que, en su caso, asuman en adelante responsabilidad personal por las deudas sociales (LME 18.1). Deberán consignarse en la escritura las menciones legalmente obligatorias para la constitución de la sociedad de destino, a las que se añadirá el detalle de la nueva estructura de capital –con informe de expertos independientes sobre el patrimonio social si lo exige la norma para la sociedad transformada– y la relación de socios separados de la sociedad como consecuencia de la transformación, con el detalle de la proporción de capital que éstos representen en el de la sociedad de origen (LME 18.2).

Permite la ley expresamente que, junto con la transformación, se acuerden otras modificaciones estatutarias –respetándose los requisitos exigidos para cada una de ellas en la sociedad de destino– así como la incorporación de nuevos socios a la sociedad.

La transformación no adquirirá plena eficacia hasta su inscripción en el Registro Mercantil, y podrá ser impugnada durante los tres meses siguientes a ésta.

5.1.2. Consecuencias

La transformación de una sociedad puede acarrear ciertos problemas de adaptación de la original en la de destino, por existir en la primera determinados supuestos no admisibles en la segunda, tales como dividendos pasivos u obligaciones. El proceso de transformación de la sociedad no basta para cancelar las obligaciones de los socios para con la sociedad, caso de existir éstas, por lo que la LME exige para estos casos la adaptación previa a la normativa de la sociedad de destino, así pues se trata de consecuencias de la transformación, pero habrán de resolverse con anterioridad a ésta.

Así, en el supuesto de que existan dividendos pasivos en la sociedad de origen, cuya persistencia sea legalmente imposible en la de destino, se habrá de optar por la exigencia del desembolso pendiente o bien por la reducción del capital mediante condonación de los desembolsos aún pendientes, acuerdo que en ambos casos tendrá carácter previo al de transformación (LME 11). Ambos supuestos podrán escriturarse simultáneamente con la transformación, debiendo, en su caso, acreditarse ante el notario el desembolso efectivo del capital pendiente.

Lo mismo sucederá con las obligaciones, en el caso de transformarse de una sociedad autorizada legalmente para emitir las en otra que no lo esté, tanto si son ordinarias como si fueren convertibles en acciones, siendo anónima la sociedad de origen (LME 13). En ambos casos las obligaciones habrán de extinguirse previamente a la transformación, ya sea mediante amortización total de las ordinarias o su conversión en acciones si estuviera prevista.

Tampoco, salvo que se acuerde expresamente por unanimidad de los socios que permanezcan en la sociedad transformada, podrá alterarse la proporción de capital que ostente cada uno de los socios. En cuanto a los socios industriales, si los hubiere en la de origen, que no puedan mantener tal condición en la de destino, les será atribuida en ésta la misma participación que tuvieren ya reconocida –salvo acuerdo unánime que la modifique o la establezca de no constar previamente establecida– para lo cual se reducirá proporcionalmente, en la medida necesaria, la de los restantes socios (LME 12).

Se reconoce a los socios de la sociedad de origen el derecho de separación, si bien, y según el tipo legal de la sociedad de destino, puede también

producirse separación automática (LME 15). Se dará ésta en todos los supuestos en que los socios que permanezcan adquieran responsabilidad por las deudas sociales en la sociedad de destino, sin haberla tenido en la de origen. En tales casos, quedarán automáticamente separados todos aquellos socios que no hayan votado a favor de la transformación, salvo que manifiesten fehacientemente su adhesión al acuerdo durante el mes siguiente a la toma acuerdo, o a su notificación por la sociedad, según hubieran o no asistido a la junta que lo haya aprobado. En caso de inexistencia de mayor responsabilidad en la sociedad de destino, los socios que prefieran ejercer su derecho de separación deberán proceder según se ha expuesto en el epígrafe 6.1.3 para las sociedades limitadas.

Los titulares de derechos especiales, diferentes de las acciones, participaciones o cuotas de capital, que no puedan mantenerse en la sociedad de destino, gozarán del derecho de oposición, que impedirá la transformación de la sociedad, durante el plazo de un mes desde la publicación del acuerdo en el BORME –o, en su caso, la comunicación escrita por la sociedad o la propia fecha del acuerdo si asistieron a la junta– salvo que hubiesen votado a favor del acuerdo.

5.2. TRASLADO INTERNACIONAL DEL DOMICILIO SOCIAL

El traslado internacional del domicilio social se regula en los artículos 92 a 103 de la LME, autorizándose para las sociedades con nacionalidad española sólo en los casos en que la legislación interna del país de destino permita la conservación de su personalidad jurídica, pues en otro caso se trataría de una sociedad de nueva constitución, con disolución de la sociedad de derecho español (LME 93). Fuera de este caso, se prohíbe únicamente el traslado de las sociedades en liquidación o concurso de acreedores.

En cuanto a las sociedades de otra nacionalidad, distingue la ley (LME 94) entre las procedentes del espacio económico europeo, a las que se reconoce la personalidad jurídica y la nacionalidad española sin más requisitos que el cumplimiento de los exigidos por nuestra legislación para constituir el tipo de sociedad de que se trate (salvo convenio vigente que diga otra cosa) y las procedentes de otras nacionalidades, a las que se exige además informe de experto demostrativo de que su patrimonio neto es superior a la cifra mínima de capital establecida por la legislación interna.

Para las sociedades españolas, el procedimiento de traslado internacional requiere acuerdo de la junta de socios (LME 97), con base en un proyecto de traslado que deberá contener la denominación social de

origen y datos de inscripción, los nuevos estatutos sociales, incluyendo la denominación y el domicilio social de destino, el calendario del traslado y las medidas tomadas en protección de socios, acreedores y trabajadores. El proyecto se depositará en el Registro Mercantil, publicándose en el BORME los elementos esenciales del mismo.

Una vez efectuada la publicación del proyecto, se convocará junta mediante anuncio en el BORME y en un diario (LME 98), con dos meses, al menos, de anticipación sobre la fecha prevista, que contendrá los domicilio de origen y destino, y la expresión de los derechos de información de los socios, con respecto al proyecto, y de separación así como el de oposición de los acreedores, que se neutralizará con la oportuna garantía como en los casos de fusión. Los socios disidentes tendrán derecho de separación de la sociedad, que habrán de ejercitar por el procedimiento general establecido en la LSC.

El acuerdo se elevará a escritura pública para su inscripción en el Registro Mercantil, que expedirá certificación de cumplimiento de los requisitos legales del traslado, momento desde el cual queda cerrada la hoja registral de la sociedad para nuevas inscripciones. Una vez inscrito el traslado en el domicilio de destino, cobrará éste plena eficacia, cancelándose la inscripción registral mediante certificación de haberse inscrito la sociedad en el nuevo domicilio.

6. FUSIÓN, ESCISIÓN Y CESIÓN DE ACTIVOS Y PASIVOS

Constituyen en su conjunto operaciones en las que se produce un traslado en bloque de patrimonio entre sociedades. En el caso de fusiones y escisiones hay además continuidad en las participaciones, con traslado de socios y canje de acciones o participaciones de la sociedad de origen por las de la sociedad o sociedades de destino, aplicándose a los socios industriales la misma regla que en el caso de transformación (LME 24.2). Para determinar la participación de cada socio en la nueva sociedad será preciso establecer un tipo de canje, es decir la determinación de la proporción existente entre los valores de las acciones de las sociedades implicadas; por el contrario, y éste es el elemento distintivo (LME 24), no existe canje de acciones en los supuestos de cesión de activos y pasivos, ya sea por cesión global o mediante simple segregación.

El tipo de canje habrá de establecerse necesariamente en proporción a los valores reales de los patrimonios de las sociedades participantes y resultantes (LME 25). Excepcionalmente, de ser necesario para ajustar el

tipo, se autoriza la posibilidad de compensaciones en metálico que no excedan del diez por ciento del nominal de las acciones o participaciones de las sociedades resultantes atribuidas a sus socios. Se prohíbe la atribución de acciones propias, por lo que, de existir en las sociedades preexistentes, habrán de ser amortizadas antes de proceder al cálculo del valor real de las restantes (LME 26). Se autoriza expresamente la fusión de las sociedades en liquidación exclusivamente en el caso de que no haya comenzado la distribución de las cuotas liquidatorias a los socios.

En las fusiones será preciso además tener en cuenta la normativa sobre defensa de la competencia (LDC 7.a), en los casos en que la sociedad resultante alcance como resultado una participación significativa de control del mercado (LDC 8), debiendo notificarse previamente a la Comisión Nacional de la Competencia (LDC 9) para su autorización o condicionamiento.

6.1. CONCEPTO Y MODALIDADES

Entendemos por fusión el proceso por el cual los patrimonios de dos o más sociedades pasan en su totalidad a integrarse en una única, cuyas acciones se entregan a los socios de las preexistentes a cambio de las de éstas y en proporción a sus respectivos valores y participaciones individuales. Escisión será el proceso contrario, es decir el encaminado a repartir el patrimonio y los socios de una entidad entre varias menores, cuyas acciones se entregan a los socios de la primera, igualmente en proporción a los valores de todas ellas y a las participaciones individuales.

La LME distingue varios tipos de fusión. Así hablamos de *fusión propia* en el supuesto en que todas las sociedades originales se extinguen, pasando sus socios y patrimonios a integrarse en otra de nueva creación (LME 23.1). La *fusión por absorción* se produce cuando una de las sociedades iniciales no se extingue, sino que integra la totalidad de los patrimonios de las originales y acoge asimismo a todos sus socios (LME 23.2). En ambos supuestos la sociedad resultante de la fusión adquiere por sucesión universal la totalidad de los derechos y obligaciones de las preexistentes, mientras que los socios de éstas se integran en ella.

También establece la ley varios tipos de escisión, entendiendo por *escisión total* el proceso por el cual la preexistente se extingue totalmente, trasladando su patrimonio a otras, que pueden tanto ser de nueva creación como existentes con anterioridad (LME 69). La *escisión parcial* se produce cuando la preexistente no desaparece en el proceso, sino que conserva

parte de su patrimonio, capital y socios y mantiene su personalidad jurídica, aunque reduce su tamaño. En ambos casos las nuevas acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias se integran en el patrimonio de los socios de la original, siempre en proporción a su valor previo y a la participación individual de cada uno de ellos.

Impropia, incluye la ley entre los supuestos de escisión los casos de *segregación* (LME 68 y 71) –ya que en este caso no se produce canje de acciones, sino que la contraprestación pasa al patrimonio de la sociedad segregada– y de *constitución mediante traspaso de patrimonio* (LME 72) –en el que la totalidad de las participaciones en el capital de la sociedad constituida queda en propiedad de la constituyente– por lo que aquí se analizarán como supuestos independientes de cesión de activos y pasivos.

6.2. PROCEDIMIENTO

El procedimiento de fusiones y escisiones es similar, con las lógicas diferencias por tratarse de supuestos con objeto diametralmente opuesto, la integración de varios patrimonios en el primer caso y la disgregación de un patrimonio en el otro. Sin embargo, el elemento común del canje de acciones identifica básicamente el objetivo de la ley al regular los respectivos procesos, de hecho la norma al regular las escisiones se remite expresamente al procedimiento de fusión (LME 73), especificando tan sólo las diferencias provocadas por el diferente objetivo.

6.2.1. Proyecto de la operación

Se inicia el proceso con la elaboración de un proyecto por las sociedades implicadas (LME 30), que deberá contener (LME 31) las identificaciones, tipo social, domicilios e inscripciones de las sociedades implicadas y de la resultante del proceso; el procedimiento y tipo de canje determinados y, en su caso, las compensaciones económicas establecidas para su ajuste; los estatutos completos de la sociedad resultante de la fusión; indicación de los ajustes necesarios en las aportaciones de industria y prestaciones accesorias, o las compensaciones establecidas; detalle de las soluciones ofrecidas a los titulares de derechos especiales y tenedores de títulos no participativos; ventajas o remuneraciones ofrecidas a los administradores de las sociedades participantes y a los expertos que intervengan en el proceso; las fechas de efectos contables de la fusión y de comienzo de la participación de los socios en los beneficios de la nueva sociedad; detalle de las valoraciones de activos y pasivos patrimoniales de las sociedades fusionadas transmitidos a la resultante; fecha de las cuentas sociales utilizadas como

base de la fusión y las consecuencias que el proceso pueda producir en el empleo, impacto de género y responsabilidad social.

El proyecto, firmado por los administradores de todas las participantes, se insertará en la página web corporativa, donde deberá permanecer publicado durante al menos un mes antes de la celebración de la junta general a cuya aprobación ha de someterse el acuerdo, manteniéndose en la misma hasta que finalice el plazo de oposición que la ley concede a los acreedores. Si alguna o varias de las sociedades intervinientes carecieran de web corporativa, el proyecto se depositará en los Registros correspondientes a los domicilios de todas ellas (LME 32). La inserción del proyecto en la web, o su depósito, se publicará en el BORME con expresión tanto de las páginas web que lo inserten como de las fechas de publicación o, en su caso, depósito.

La ley autoriza la utilización, como base de la fusión o escisión, del balance de cierre anual, en el caso de que su antigüedad sea menor de seis meses desde la fecha del proyecto (LME 36). En caso contrario, deberá utilizarse un balance posterior al primer día del tercer mes anterior a la fecha del proyecto. Se admite en ambos supuestos la corrección de valores, con base en los razonables no contabilizados, y, una vez introducidas éstas, habrá de ser auditado, si la sociedad está obligada, y sometido a la aprobación de la junta, en cuya convocatoria se hará constar que se tratará de la aprobación del balance de fusión.

Por ser estos balances la base para establecer el tipo de canje, los socios que se consideren perjudicados por el tipo propuesto podrán, a su vez (LME 38) y en un mes desde la publicación del acuerdo de fusión en el BORME, solicitar del Registro el nombramiento de experto independiente para su revisión.

El proyecto se completará con un informe de los administradores de todas las sociedades participantes, en el que se detallarán los aspectos jurídicos y económicos más significativos del proceso, especialmente en lo relativo a la determinación del tipo de canje y las valoraciones patrimoniales efectuadas, y las consecuencias de la fusión para trabajadores, acreedores y socios (LME 33). En los supuestos de escisión, si las resultantes fueran anónimas o comanditarias por acciones (LME 77), este informe de los administradores comprenderá a su vez los previstos para las aportaciones no dinerarias.

Cuando la sociedad resultante de la fusión sea anónima o comanditaria por acciones, se realizará necesariamente un segundo informe separado por cada sociedad participante en el proceso, elaborado por

expertos independientes, designados a solicitud de los administradores por el Registro de su domicilio (LME 34). Cabe también que se solicite nombramiento de expertos para elaborar un informe único, comprensivo de todos los anteriores parciales; en tal caso la competencia para el nombramiento corresponderá al Registro del domicilio de la sociedad beneficiaria de la fusión. El informe de expertos tendrá como objeto dos principales, y se dividirá en dos partes, la primera dedicada al análisis de tipo de canje y su procedimiento de determinación y la segunda a la idoneidad de las valoraciones de los elementos integrados en el patrimonio de la resultante, para que éste iguale cuando menos al capital social establecido. Podrá reducirse a sólo la segunda si así lo hubiesen acordado todos los socios de todas las sociedades intervinientes, o si la absorbente fuese titular, directa o indirecta, de la totalidad del capital de la absorbida.

Los informes de expertos serán también obligatorios en las escisiones de sociedades anónimas y comanditarias por acciones (LME 78.1), e igualmente sustituibles por un informe único (LME 78.2) o suprimida su necesidad por acuerdo unánime (LME 78.3) o en el caso en que a cada uno de los socios de la escindida se le atribuya en cada una de las resultantes la misma proporción de capital que ostentaba en la causante (LME 78 *bis*).

En los supuestos de escisión, el proyecto incorporará (LME 74), además de lo indicado para la fusión, el detalle del reparto del patrimonio de la escindida entre las resultantes, así como el de las acciones, participaciones o cuotas de capital que correspondan a los socios de la escindida en los capitales de las beneficiarias, y el criterio adoptado para este reparto. Aquellos socios que no reciban participaciones proporcionales en todas las sociedades resultantes de la escisión deberán manifestar su consentimiento expreso e individual a esta circunstancia (LME 79).

6.2.2. Acuerdo de fusión o escisión

Antes de convocar las preceptivas juntas generales, se insertarán en la página web (LME 39.1) el proyecto común, los informes de los administradores sobre éste, los informes de expertos elaborados, las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios cerrados –con sus correspondientes informes de auditor– los balances de fusión de todas las sociedades –o el de escisión, si es el caso, y los iniciales de las resultantes– los estatutos sociales vigentes y el proyecto de escritura de constitución de la o las sociedades resultantes –comprensivo de sus estatutos– o las modificaciones en los estatutos que reflejen la nueva situación de las que permanezcan, y la identidad de los administradores, tanto de las implicadas en el proceso como

de los propuestos para las resultantes. Las sociedades que no dispongan de web corporativa, pondrán los mismos documentos de manifiesto y a disposición de los interesados para consultarlos u obtener copia de los mismos (LME 39.2).

Hecha la inserción, se publicará –o se notificará individualmente– la convocatoria de junta individual de cada una de las sociedades implicadas. Desde este momento, y hasta la celebración de la junta, se requiere que estén a disposición de socios, obligacionistas, titulares de derechos especiales y representantes de los trabajadores los citados documentos que, en su conjunto, detallan el proceso y sus consecuencias, todos ellos podrán solicitar la entrega o envío gratuito de copia de toda la documentación.

En la convocatoria o notificación se harán constar tanto la inserción de los documentos en la web como, en su caso, el derecho a examinar los documentos sometidos a aprobación, o a obtener una copia gratuita (LME 40.2). El acuerdo será individual de cada una de las sociedades implicadas, cuya junta habrá de constituirse con arreglo a lo previsto para las que han de tratar asuntos especiales, según el tipo de cada sociedad participante (LME 40.1). Como supuesto especial, se recoge la necesidad de consentimiento individual expreso de todos aquellos socios que en la nueva sociedad adquieran responsabilidad personal por las deudas sociales (LME 41.1), así como de los titulares de derechos especiales que desaparezcan como consecuencia de la operación, salva la circunstancia, en este caso, de aprobación previa por su asamblea correspondiente (LME 41.2).

El acuerdo podrá adoptarse sin necesidad de las publicaciones expresadas si cada una de las sociedades intervinientes hubiese aprobado el proceso en junta universal y por unanimidad (LME 42.1), sin que ello implique la restricción de los derechos de información de los representantes de los trabajadores (LME 42.2).

Adoptado el acuerdo, deberá publicarse en la web o, si se carece de ella, en el BORME y en un diario de gran circulación en la provincia del domicilio de cada sociedad interviniente, procedimiento que puede ser sustituido por la notificación personal a cada uno de los socios y acreedores (LME 43). A continuación deberá aguardarse el plazo de un mes desde la inserción, la última publicación o notificación –para el ejercicio del derecho de oposición que se analiza más abajo– antes de proceder al otorgamiento de la preceptiva escritura pública y la posterior inscripción en el Registro, que acarreará la cancelación de las hojas registrales de las sociedades que se extingan en el proceso.

6.2.3. Fusiones especiales

Conceptúa la ley como operaciones especiales de fusión las absorciones de una sociedad íntegramente participada o participada al noventa por ciento, y como operación asimilada la extinción de una sociedad que transmite su patrimonio en bloque a su matriz.

En el primer supuesto, absorción de sociedad íntegramente participada, de forma directa, se exime en el proyecto (LME 49) la mención del tipo de canje, la de la fecha de efecto de la fusión para los socios, los informes sobre valoraciones de activo y pasivo y las fechas de las cuentas anuales utilizadas como base del proyecto. Tampoco serán precisos los informes de administradores ni de expertos independientes, el aumento de capital de la absorbente ni la aprobación por la junta de la sociedad absorbida. Si la participación fuese indirecta en su totalidad, sí se requerirán el informe de expertos y la nueva cifra de capital de la absorbente.

Cuando la participación exceda del noventa por ciento, sin alcanzar el total, se exime el informe de expertos, pero solo en el caso de que se realice la oferta de adquisición a precio razonable de las participaciones no controladas.

6.3. CESIÓN EN BLOQUE DE ACTIVOS Y PASIVOS: SEGREGACIÓN, CONSTITUCIÓN MEDIANTE TRASPASO PATRIMONIAL Y CESIÓN GLOBAL

En las cesiones en bloque de activos y pasivos una sociedad traslada la totalidad o una parte de su patrimonio –constitutivo de una unidad económica independiente– para que se integre en el de otra. Es elemento común a todos estos supuestos la inexistencia de canje de acciones, en su lugar se establece una contraprestación por parte de la sociedad cesionaria. A su vez esta contraprestación se integrará en el patrimonio social de la cedente o bien, extinguiéndose ésta, directamente en el patrimonio de sus socios.

Si la cesión afecta sólo a parte del patrimonio, estaremos ante los supuestos de *cesión parcial*, que a su vez podrá realizarse a otra sociedad preexistente, mediante una contraprestación que se integra en el patrimonio de la cedente –supuesto de *segregación* (LME 71)– o bien reteniendo ésta la totalidad de las acciones, participaciones o cuotas del capital de una sociedad de nueva constitución beneficiaria de la cesión, supuesto de *constitución de sociedad íntegramente participada* mediante traspaso patrimonial (LME 72). Estos dos casos se rigen en todo con el mismo procedimiento

que las escisiones, entre cuyos supuestos los incluye la LME indebidamente, por lo que se les aplicarán las normas expuestas en el epígrafe anterior.

Si el traslado afecta a la totalidad del patrimonio –supuesto de la *cesión global* propiamente dicha (LME 81)– cabe que los socios de la cedente, que se extinguirá de pleno derecho, reciban directamente la contraprestación acordada –en tal caso se aplicarán las reglas de la liquidación– o bien que, sin extinción de la cedente, sea ésta la que integre la contraprestación en el patrimonio propio, pudiendo luego acordar la disolución o la continuidad con las modificaciones legales oportunas. Se trata de los supuestos que la LME regula bajo el título de cesión global y para los que establece un procedimiento propio.

La ley autoriza expresamente tanto la cesión global a un único cesionario como la *cesión plural* (LME 88) a varios cesionarios, con la condición en este caso de que cada uno de éstos reciba un conjunto de elementos patrimoniales constitutivo de unidad económica independiente. Igualmente se autoriza el procedimiento para las sociedades en liquidación, facilitando este proceso, en tanto no se haya iniciado el reparto del haber líquido entre los socios (LME 83).

Como en las fusiones y escisiones, el proceso se inicia con la elaboración de un proyecto de cesión global (LME 85), que los administradores habrán de insertar en la web o depositar en el Registro Mercantil, y en el que se harán constar la identificación de las sociedades cedente y cesionaria, la fecha de efectos contables de la cesión, las valoraciones de activo y pasivo –incluyendo en su caso la designación de los elementos cedidos a cada cesionario– la contraprestación acordada, así como si ésta la recibirá la sociedad cedente o los socios de la misma, y en tal caso el criterio de reparto adoptado entre éstos, y un informe sobre las consecuencias que la operación tendrá sobre el empleo. Como elemento integrador de todos los detalles expuestos, figurará un informe elaborado por los administradores, en el que se explicará y justificará la operación (LME 86). Tanto el proyecto en sí como el informe de los administradores se pondrán a disposición de los representantes de los trabajadores.

Una vez aprobado el acuerdo por la sociedad cedente, con los mismos requisitos que el de fusión, deberá ponerse en conocimiento de los socios y acreedores, ya sea mediante publicación ya por notificación personal como en los casos anteriores (LME 87). Se reconoce igualmente el derecho de oposición, durante un mes desde la publicación o última notificación del acuerdo, tanto a los acreedores de la entidad cedente como, en su caso, a los de la cesionaria (LME 88).

Finalizado el plazo de oposición, se otorgará la escritura pública correspondiente por parte de cedente y cesionarios, reflejando íntegramente el contenido del acuerdo. El proceso culminará con la inscripción, sin la que carecerá de eficacia (LME 89.2), que supondrá además la cancelación de los asientos registrales de la sociedad extinguida.

6.4. GARANTÍAS DEL PROCESO

Con el fin de asegurar los derechos de los acreedores, y como reflejo del principio de seguridad del tráfico, la ley otorga a los acreedores el derecho de oponerse a las diferentes operaciones descritas, si consideran que la realizada perjudica sus intereses, al tiempo que establece criterios de responsabilidad solidaria entre las sociedades resultantes con respecto a las obligaciones previas de las participantes en cada uno de los procesos.

6.4.1. Derecho de Oposición

Una vez tomado e insertado en la web corporativa o publicado el acuerdo de fusión, escisión o cesión, y en cualquiera de sus modalidades, la ley establece, como hemos dicho, un plazo de espera de un mes antes de proceder al otorgamiento de la escritura pública que lo refleja para culminar el proceso con la inscripción registral. Durante este plazo, los acreedores por obligaciones nacidas antes de la fecha de inserción o publicación del proyecto podrán oponerse al proceso. Si el proyecto no se hubiese publicado, por darse el caso de aprobación unánime en junta universal, el derecho de oposición existirá para todos los acreedores por obligaciones anteriores a la publicación del acuerdo ya adoptado. El mismo derecho se reconoce a los obligacionistas, salvo que la operación haya sido aprobada expresamente y con anterioridad por su asamblea.

El cómputo del plazo se habrá de iniciar desde la fecha de inserción o publicación del acuerdo, o en su caso, de la de notificación personal escrita o electrónica al último de los socios y acreedores (LME 44.1).

Ejercido el derecho de oposición por algún acreedor, quedará en suspenso el otorgamiento de la escritura hasta que la sociedad implicada cancele la deuda o bien preste garantía suficiente de cumplimiento de la obligación a satisfacción del acreedor (LME 44.2). Lógicamente, no podrán oponerse al proceso los acreedores que hubieran obtenido con anterioridad garantía suficiente. En el supuesto de que se hubiese escriturado el acuerdo a pesar de constar la oposición, se podrá practicar inscripción

marginal a solicitud del deudor, quien dispondrá de un plazo de seis meses para demandar la prestación de la garantía preceptiva (LME 44.4).

6.4.2. Responsabilidad por las deudas anteriores

Complementando el derecho de oposición, se establecen diversas reglas para determinar la responsabilidad de las obligaciones anteriores a todas las operaciones de fusión, escisión y cesión de activos y pasivos.

Así, para las fusiones, al integrarse los patrimonios de varias sociedades, lógicamente la resultante será responsable directa de todas las obligaciones contraídas por las sociedades fusionadas, pero además se establece (LME 48) que los socios que tuvieran responsabilidad personal en las sociedades anteriores seguirán respondiendo de estas deudas durante cinco años desde la publicación del acuerdo en el BORME, salvo de aquéllas cuyos acreedores hayan consentido expresamente la fusión.

En las escisiones se determina la responsabilidad solidaria (LME 80) de la escindida, si subsiste, por la totalidad de las obligaciones, y de todas las resultantes de la escisión por las obligaciones que incumpla una de ellas, con el límite para cada una del patrimonio neto percibido.

En cuanto a las cesiones, y como garantía del cumplimiento de las obligaciones transmitidas a los cesionarios (LME 91), se determina la responsabilidad solidaria de los cesionarios, y la sociedad cedente, si no se hubiese extinguido, o los socios en caso contrario. Para cesionarios y socios con el doble límite temporal (cinco años) y de cuantía (neto patrimonial percibido) ya conocido en las devoluciones de capital o patrimonio de las SL. La responsabilidad de la cedente no tendrá más límites que los correspondientes a la obligación incumplida.

7. DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN Y EXTINCIÓN

El proceso de extinción de la sociedad, igual que el de su nacimiento, viene detalladamente regulado por la LSC y articulado en tres puntos sucesivos que desembocan en la inscripción registral de la desaparición de la sociedad.

Habla así la Ley de disolución, liquidación y extinción, y podríamos decir que mientras la disolución y la extinción son los dos instantes o momentos temporales extremos en que se inicia y acaba el proceso, respectivamente, la liquidación es el proceso en sí mismo que lleva de un instante al otro.

La disolución, sus causas y consecuencias directas se regulan en la LSC entre los artículos 360 y 369. El artículo 370 se encarga de las condiciones

que hacen posible la reactivación, es decir el proceso y condiciones por el que la sociedad disuelta puede regresar a su actividad ordinaria. La liquidación y las operaciones que llevan a ella se regulan en los artículos 371 a 394 y la extinción es objeto de los artículos 398 a 400.

7.1. LA DISOLUCIÓN: CAUSAS Y MODALIDADES

Recordemos que la sociedad de capital es en realidad un contrato personalizado, es decir una ficción jurídica cuya personalidad reconoce el ordenamiento jurídico si se cumplen unas determinadas condiciones establecidas en la ley. *A contrario*, si tales condiciones dejaran de cumplirse la consecuencia lógica sería el «des-reconocimiento» de la sociedad, es decir su extinción, de aquí que la ley establezca una serie de situaciones que, de cumplirse, acarrearán la desaparición de la personalidad jurídica que se reconoció en su momento, pero cuyo beneficiario se ha alejado de las normas que permitieron su existencia.

7.1.1. Disolución Automática

Sin embargo, como estas causas pueden revestir diferente gravedad, la ley establece una primera gradación, de forma que las más graves acarrearán la disolución automática, sin posibilidad de corrección si tal causa se consuma, aunque podrán ser consideradas *ex ante* y así evitadas o prevenidas antes de producirse. Se trata de los supuestos de disolución de pleno derecho, es decir sin remisión. La LSC establece dos causas de disolución propiamente automáticas, ambas en el artículo 360.1, que podemos etiquetar como caducidad e insuficiencia de capital.

7.1.1.1. Caducidad de la sociedad

La primera y de más sencilla comprensión es el transcurso del plazo por el que la sociedad fue constituida. Poco hay aquí que comentar sobre este punto, ya se ha visto al tratar del contenido de los estatutos que es posible determinar el plazo por el que se constituye el contrato de sociedad, pero que éste plazo será indefinido si no se pacta expresamente otra cosa.

Por lo tanto esta causa sólo actuará si se ha determinado un plazo concreto, de forma que cumplido éste la sociedad estará disuelta y se iniciará automáticamente el proceso de liquidación. Sin embargo cabe la actuación preventiva, modificando la norma estatutaria para prolongar la vida de la sociedad, pero ha de hacerse necesariamente de forma que esta prolongación está inscrita en el Registro antes de cumplirse el plazo inicialmente

previsto, pues la ley dice... *con anterioridad hubiera sido expresamente prorrogada e inscrita*, no cabe pues la duda interpretativa. Se trata con ello de evitar el error de tercero, partiendo de que el contenido del Registro se entiende veraz y conocido por todos, si un tercero consulta la duración de la sociedad y encuentra que se ha cumplido el plazo necesariamente ha de tenerla por disuelta, y no cabe que con posterioridad se inscribiese una prórroga pues el registro habría inducido a confusión al tercero de buena fe, de aquí que se exija el requisito de inscripción de la prórroga antes del vencimiento del plazo.

7.1.1.2. *Insuficiencia de capital*

La segunda causa automática de disolución es de más compleja y difícil comprensión, como consecuencia de una muy deficiente redacción del art. 360.1.b) de la LSC. Se dispone en éste que si transcurre un año desde el acuerdo de reducción de capital por debajo del mínimo legal como consecuencia del cumplimiento de una ley, la sociedad quedará automáticamente disuelta si en el período indicado no se ha inscrito la transformación, la propia disolución o el aumento de capital.

Sin embargo el precepto es aparentemente antagónico del contenido en el artículo 343 LSC, que sólo autoriza a reducir el capital por debajo del mínimo legal si simultáneamente se transforma la sociedad o se aumenta de nuevo el capital hasta el mínimo, reforzado además por el contenido en el artículo 345 LSC, que prohíbe inscribir el acuerdo salvo que simultáneamente se inscriban la transformación o el nuevo aumento.

En realidad la ley prevé una situación levemente distinta de lo que la lectura inicial parece indicar. Se trata de la previa aprobación de un acuerdo sobre otra materia *cuya consecuencia legal sea la reducción inevitable del capital social*. Por ejemplo cualquier acuerdo que acarree la existencia de un derecho de separación de los socios (artículo 346 LSC) –extremo que hemos analizado en este mismo capítulo– podrá provocar indirectamente la reducción del capital por debajo del mínimo legal, si resultase ejercida la separación por un número elevado de socios. Igualmente la expulsión disciplinaria o exclusión en las sociedades limitadas (artículo 350 LSC).

De hecho el artículo 358 LSC establece en estos casos el otorgamiento inmediato de la escritura de reducción sin necesidad de acordar ésta, que se habría producido automáticamente como consecuencia del ejercicio de la separación o del acuerdo de exclusión. Para resolver estos supuestos de irregularidad sobrevenida de la sociedad, la ley concede un plazo de un año, en el que habrá de subsanarse la situación, y si no fuera así la sociedad

quedará automáticamente disuelta. El legislador descarga sobre el o los administradores la responsabilidad de subsanar o disolver normalmente en el plazo previsto y, si no fuese así, les penaliza con la responsabilidad personal y solidaria entre sí y con la sociedad por todas las deudas sociales. Y decimos les penaliza pues en el supuesto legal subyace la idea de que la disolución se produce como consecuencia de la inactividad negligente del administrador, que desaprovecha el plazo de un año concedido por la ley para subsanar la situación y por ello provoca la disolución de la sociedad.

7.1.2. Supuestos especiales o *extravagantes*

Junto a los dos supuestos analizados existe un segundo grupo de causas de extinción –éstas *cuasiautomáticas*– que requieren de un pronunciamiento judicial previo, del que la disolución será consecuencia necesaria aunque no exista resolución judicial expresa que la declare. Simplemente si la decisión del juez se produce sobre otro extremo previsto en el ordenamiento, la disolución se producirá necesariamente.

Se trata en este punto de unos supuestos especiales de disolución, que aquí llamamos *extravagantes* por regularse la causa de disolución fuera de la LSC, aunque en un caso ésta al menos la refiere. Se diferencian de los propiamente automáticos en que en éstos hay un hecho exterior que produce la disolución, y en los extravagantes el hecho causante es necesariamente una resolución judicial sobre otra materia, cuya consecuencia será la disolución.

Aquí podemos diferenciar tres situaciones distintas.

7.1.2.1. *Disolución por Liquidación Concursal*

El procedimiento legal de Concurso de Acreedores –que estudiaremos en el capítulo final del presente volumen– tiene por objeto la solución de las situaciones de crisis económica de los particulares, sean o no empresarios. Ante la situación de insolvencia la ley procura ante todo proporcionar una segunda oportunidad al deudor, es decir que intenta obtener la continuación de la actividad para evitar la pérdida de puestos de trabajo –en el caso de empresarios– o el malbaratamiento del patrimonio; de aquí que la propia ley prevea varias posibilidades de solución pactada o Convenio de Acreedores.

Sin embargo –y en demasiadas ocasiones– la solución convencional es imposible y entonces se hace necesario liquidar el patrimonio del deudor para atender en lo posible el pago de sus deudas. En este punto el juez de lo mercantil –competente en todos los supuestos concursales de

derecho privado– dicta el Auto de Apertura de la Fase de Liquidación en el Concurso. Es decir que se inicia la liquidación del patrimonio deudor. Si la sociedad es, como tantas veces hemos dicho, un patrimonio personalizado, la desaparición de éste supone que la ficción societaria carezca del aspecto material –el patrimonio– que le sirve de base y justificación, por lo tanto la sociedad habrá de extinguirse legalmente.

Por todo ello, el artículo 361.1 LSC establece que la simple Declaración en Concurso no producirá la disolución, ya que aún será posible llegar a una solución convenida; para después rematar en el artículo 361.2 LSC que si se produce la apertura de la fase de liquidación –cómo el objeto de ésta es la desaparición del patrimonio para satisfacer a los acreedores– la sociedad se extinguirá, extremo que el juez hará constar en el auto.

7.1.2.2. *Disolución por infracción de la Ley de Marcas*

En la Disposición Adicional 17^a de la Ley de Marcas se establece que si en sentencia judicial se estableciera la obligación de una sociedad de cambiar su denominación social como consecuencia de la violación de un derecho de marca, la sociedad afectada dispondrá del plazo de un año para inscribir en el registro su nueva denominación. De no hacerlo así, el registrador, de oficio, habrá de «practicar la cancelación».

Es pues un supuesto similar al de insuficiencia de capital ya analizado, pero se diferencian en que éste no precisa pronunciamiento judicial –la comprobación de que el capital social sea inferior al mínimo legal es evidente– mientras que el derivado de la infracción marcaria exige precisamente que el juez establezca, en sentencia, la existencia de la infracción e imponga a la sociedad infractora la condena de cambiar su denominación.

7.1.2.3. *Disolución de la sociedad delinciente*

El último supuesto especial es la consecuencia de la responsabilidad penal de las sociedades. En el Orden Penal la *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* ha introducido en nuestra legislación con carácter general la posibilidad de que las personas jurídicas puedan cometer delito y resulten imputables directamente. Así pues la sociedad, en tanto que persona jurídica reconocida por el Ordenamiento, es capaz de delinquir en propio interés y por intermedio de sus órganos o representantes legales, y puede hacerlo tanto por acción de éstos como por omisión de su deber de vigilancia y control de sus dependientes. El requisito esencial exigido por el CP para apreciar responsabilidad penal de la sociedad es que del acto u omisión

delictivos se haya deducido provecho directo para la sociedad responsable. Si del delito no obtiene provecho la sociedad, sino directamente la persona física actuante o incluso si no se obtiene provecho alguno, aunque haya daño, no habrá responsabilidad penal de la sociedad por faltar este elemento, aunque en todo lo demás la actuación u omisión sea delictiva y realizada en nombre o por cuenta de la entidad.

En cuanto a la concurrencia de responsabilidades, queda establecida sin lugar a dudas la no exclusión de responsabilidad de la persona jurídica por existir la personal del actuante, y viceversa. Es decir que serán íntegramente responsables tanto la persona física, si se determinase la autoría directa, como la persona jurídica –aunque no se determinase aquella– y sin posibilidad de desplazar la culpa de una a otra, incluso en los supuestos de delito por omisión del control debido.

Se determinan como penas aplicables a la persona jurídica las de multa, *disolución*, suspensión temporal de actividades en general, cierre temporal de establecimientos, prohibición de actividades concretas, inhabilitación temporal para recibir subvenciones o incentivos, e intervención judicial. Se aprecia desgraciadamente en la norma penal poca coherencia con el derecho societario en las penas previstas. Por ejemplo, se establece la pena de suspensión temporal de actividades por un máximo de cinco años, cuando la suspensión de actividad por un plazo superior a un año es causa de disolución en las sociedades capitalistas (LSC 363.1.a) con lo cual la condena por un plazo igual o superior es en realidad condena a la disolución.

7.1.3. Disolución Obligatoria: Causas legales y estatutarias

Otras causas, con ser graves, podrán admitir corrección o subsanación *ex post*, por ello la ley se limitará en estos caso a ordenar la disolución (artículo 362. LSC) pero dejará a la decisión de la sociedad la posibilidad de bien disolverse, bien hacer desaparecer la causa, es decir corregir el incumplimiento y readaptar la sociedad a la normativa para que pueda seguir siendo sujeto del mercado; estamos ante las causas de disolución obligatoria.

La LSC enumera en el art. 363.1 estas causas legales de disolución, y en todos los casos, como ahora veremos, se trata de la desaparición sobrevenida de uno de los elementos esenciales del contrato de sociedad o bien de los requisitos esenciales del modelo social elegido. Recordemos que el contrato de sociedad (artículo 1665 CC) consiste en un acuerdo por el que dos o más personas se obligan a poner en común (consentimiento) capital y/o trabajo para destinarlo a un fin común (objeto) y con ánimo de repartirse

las ganancias obtenidas (causa) con la particularidad de que se prolonga en el tiempo, es decir que se trata de un acuerdo constantemente renovado por sus socios. En consecuencia, si el objeto desaparece o deviene imposible por uno u otro motivo, el contrato debiera ser resuelto o revisado, asimismo si es la causa la afectada –de aquí el derecho de separación por la negativa mayoritaria al reparto de dividendos– e igualmente cuando se incumple un requisito esencial del modelo social elegido.

Así, la sociedad estará obligada a disolverse en las siguientes situaciones, según se enumeran en la LSC:

a) *Por el cese en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social. En particular, se entenderá que se ha producido el cese tras un período de inactividad superior a un año.* Es decir, que si hemos reunidos unos medios de producción para «ponerlos a trabajar» y no lo hacemos, habrá que devolverlos a sus titulares iniciales por no aplicarlos a su destino.

b) *Por la conclusión de la empresa que constituya su objeto.* Es el supuesto, por ejemplo, en que se constituyó la sociedad para explotar un yacimiento minero o una concesión administrativa: una vez extinguidos el contrato carece de objeto. Si habíamos reunido esos medios para dedicarlos a una actividad y ésta ya se ha agotado, será preciso devolverlos o al menos consultar qué hacemos con ellos.

c) *Por la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social.* Casos en lo que el objeto es imposible de alcanzar, ya sea material o jurídicamente: por ejemplo se pretendió comerciar con un producto que ya no se fabrica o cuyo comercio o fabricación ha devenido ilegal (supongamos que se prohíbe la venta de alcohol o de tabaco o de vehículos a motor; o que pretendemos vender el *silphium* que tanto valoraban los romanos, pero cuya identidad hoy desconocemos, es obvio que no podemos comerciar con un producto del que carecemos). Igualmente nos encontramos con la necesidad de consultar el nuevo destino de estos medios de producción o de devolverlos a sus titulares originales.

d) *Por la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento.* Los órganos de la sociedad *paralizables* sólo pueden ser la Junta General y la Administración. Su paralización supondría en la práctica el descabezamiento de la sociedad, estamos pues ante un supuesto de incapacidad de la organización para administrarse y ordenar u organizar su actividad, de alguna forma comparable a la situación de incapacidad de la persona física, sólo que aquí sí se puede producir la muerte civil – la disolución– porque en realidad no estamos ante una persona sino ante

una ficción jurídica. Hay que matizar también que con la actual redacción de la Ley es casi imposible la paralización definitiva del Órgano de Administración, ya que de producirse siempre cabría la posibilidad de su sustitución por acuerdo de Junta, y la convocatoria de ésta se ha facilitado para los casos –antes problemáticos– de fallecimiento o incapacitación del administrador único, uno de los mancomunados o la mayoría de los miembros del consejo; así ahora el artículo 171 LSC resuelve todas estas situaciones. Consecuentemente, y como ya tenía establecido el TS, sólo cabe aquí la paralización de la Junta por imposibilidad permanente de reunir el *quorum* necesario (en la SA) o de alcanzar la mayoría mínima requerida (en las SL).

e) Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso. Se trata del supuesto más grave de despatrimonialización de la sociedad, que ya hemos analizado más arriba al tratar de las reducciones de capital: el patrimonio se ha reducido en su cuantía hasta el extremo de dejar de cumplir su función de garantía, por lo que la situación ha de ser revisada. De otro lado, es imposible personificar un patrimonio que no existe, si no hay patrimonio en la medida legalmente necesaria no habrá sociedad de capital, aunque pueda haber otro tipo social, de aquí que se admitan como soluciones sanatorias tanto las indicadas de aumento o reducción de capital como la transformación en un modelo social que traslade a los socios la responsabilidad por las deudas sociales, protegiendo así a los acreedores.

f) Por reducción del capital social por debajo del mínimo legal, que no sea consecuencia del cumplimiento de una ley. Se trata aquí de un supuesto imposible en realidad, ya que el acuerdo de reducción del capital por debajo del mínimo legal sólo puede aprobarse válidamente –como ya hemos dicho– si se toma simultáneamente el de ampliación, es decir la operación acordeón prevista en los artículos 343 a 345 LSC, que solo es posible con el estricto cumplimiento de la norma. Por ello debemos considerar que se trata simplemente del recordatorio de que es imposible la existencia de una sociedad de capital sin que éste exista en la medida mínima necesaria establecida en la LSC: si no hay capital y patrimonio suficientes no cabe su personificación ni la existencia de la sociedad.

g) Porque el valor nominal de las participaciones sociales sin voto o de las acciones sin voto excediera de la mitad del capital social desembolsado y no se restableciera la proporción en el plazo de dos años. La LSC autoriza y a la vez limita la existencia de un grupo de socios que no participa en la adopción de las decisiones sociales, pero lógicamente no puede admitir que las decisiones

minoritarias se impongan a la voluntad social. De aquí que establezca el máximo de acciones o participaciones sin voto en el 50% del capital social, y permita incluso una infracción temporal –dos años– de este límite. Pero cuando la infracción deja de ser coyuntural y se convierte en estructura misma del capital social, la ley reacciona proscribiendo la situación y obligando a revisarla, sea restableciendo la proporción u ordenando la disolución de la sociedad.

h) Por cualquier otra causa establecida en los estatutos. Finalmente, y en virtud de la naturaleza contractual de la sociedad, es de reconocer que los socios puedan prever en el contrato fundacional –en los estatutos sociales– las causas que particularmente consideren que deben poner fin a su acuerdo de colaboración, de aquí que la ley invoque y reconozca estas cláusulas estatutarias entre las que legalmente obligan a la sociedad a disolverse.

Es fácil apreciar que en las tres primeras causas enumeradas estamos ante situaciones que afectan al objeto del contrato de sociedad: la actividad acordada. La disolución por paralización es en realidad, y con toda lógica, una suerte de eutanasia civil. La insuficiencia del patrimonio o del capital social significan a su vez la ausencia del elemento esencial para la existencia de la sociedad capitalista: todas ellas requieren por lo tanto una consulta del nuevo destino de estos medios de producción acumulados o bien su reintegración a quienes los aportaron.

7.1.4. Disolución Voluntaria

Teniendo en cuenta que los contratos en derecho privado pueden resolverse por el «mutuo disenso», el acuerdo en el desacuerdo, la ley reconoce también a la sociedad la capacidad para disolverse voluntariamente y sin concurrencia de otra causa que la mera voluntad social de dejar de colaborar en adelante.

Sólo que en este caso se trata en realidad de un acuerdo que modifica los estatutos sociales, en los que estará prevista una duración de la sociedad, sea concreta y por determinación expresa de la misma, sea indefinida por defecto de mención expresa. Por lo tanto es un acuerdo de modificación estatutaria y habrá de tomarse con los requisitos exigibles en estos supuestos, de dónde la exigencia del artículo 368 LSC.

7.2. PROCEDIMIENTO DE LA DISOLUCIÓN

Como hemos dicho, la Disolución es en realidad un instante, y se produce de hecho en el momento en que concurre cualquiera de las causas

que hemos enumerado. Sin embargo la diferente procedencia de las causas y la facilidad de su comprobación por terceros, hace que la ley prevea tratamientos levemente distintos para los diferentes casos.

7.2.1. Supuestos automáticos y especiales

Así en los casos de disolución automática no es preciso trámite alguno para que la disolución se produzca. Simplemente concurre el hecho y la sociedad ha de considerarse disuelta e iniciar su período de liquidación. Si se trata del transcurso de plazo o término, es fácil su comprobación en el registro por parte de cualquier tercero, y la actitud diligente de éste sería abstenerse de contratar con una sociedad que ya no existe, salvo que el objeto del contrato sea precisamente parte de las operaciones de liquidación. No hay pues posibilidad de perjudicar a tercero, salvo evidente negligencia de éste. Lo mismo sucede con la insuficiencia de capital, dado que ha de inscribirse la reducción de capital consecuente al ejercicio de derecho de separación o a la exclusión de socio, cualquier tercero que consultase el Registro Mercantil podría apreciar esta insuficiencia de capital y el transcurso de un año desde su inscripción. Nuevamente no cabe el perjuicio de tercero salvo por su propia negligencia, y además se acompaña para mayor seguridad la responsabilidad del administrador por todas las deudas de la sociedad, anteriores y posteriores a la disolución. Téngase en cuenta que, de alguna forma, en ambos casos es la inactividad social la que desencadena la disolución, luego no se va a pedir actividad alguna para su puesta en marcha.

En los supuestos *extravagantes* tampoco existe dificultad alguna de apreciación, ya que en todos ellos el juez emisor de la resolución que acarrea la disolución de la sociedad ha de comunicarlo al Registro Mercantil, para que se proceda a inscribir la disolución en los supuestos de concurso y de responsabilidad penal de la persona jurídica, y para comenzar el cómputo del año en el de infracción de la Ley de Marcas. Por lo tanto tampoco se requiere en estos casos actividad alguna de la sociedad.

7.2.2. Supuestos voluntarios

Caso distinto es el de Disolución Voluntaria, aquí es la sola voluntad social la que determina esta disolución sin causa, que se produce como consecuencia de una decisión consciente. Consecuentemente la primera interesada en que se inscriba y consume la disolución es la propia sociedad, pues así lo quiere, y no será necesario conminarla a que realice actividad alguna.

Aquí el procedimiento por tanto será sencillo: una vez tomado el acuerdo, con los requisitos de constitución y/o mayorías de los asuntos especiales (artículo 199.a LSC para las SRL y 194 y 201.2 para las SA) deberá otorgarse la escritura pública –sea mediante exhibición del libro de actas o bien mediante la correspondiente certificación de su contenido según se establece en los artículos 109 y 111 RRM– que habrá de contener el nombramiento de Liquidador o Liquidadores en su caso, y presentarse a inscripción en el Registro Mercantil.

7.2.3. Supuestos obligatorios

Donde la situación se complica es en los casos de disolución obligatoria: Aquí nos encontramos con la concurrencia de una causa de disolución, pero la LSC permite a la sociedad –a través del acuerdo de Junta– decidir si prefiere subsanar la causa de disolución o simplemente constatar su presencia y acordar la disolución ordenada por la ley. Este mandato aparece doblemente recogido en la LSC, en primer lugar el artículo 362 establece que la disolución se producirá por la simultaneidad de dos requisitos.

El primer requisito será la propia existencia de la causa de disolución, el segundo su constatación, que a su vez puede alcanzarse mediante dos procedimientos: directamente en acuerdo de Junta o, en su defecto, por constatación judicial.

7.2.3.1. *Disolución por Acuerdo de Junta General*

Dispone el artículo 364 LSC que, en caso de concurrir una causa de disolución obligatoria, será necesario convocar la Junta General, para que ésta decida si se remueve la causa (artículo 365.2 LSC) o por el contrario se acepta la situación y se disuelve la sociedad. Para adoptar válidamente el acuerdo de disolución se exigirán los requisitos de *quorum* y mayoría correspondientes a los asuntos comunes u ordinarios (artículo 198 LSC para las SRL y artículos 193 y 201.1 para las SA), ya que se estará aceptando simplemente el cumplimiento de una obligación legal.

Sin embargo la decisión de remover o corregir la causa de disolución supondrá necesariamente una modificación estatutaria –cambiar el objeto social o la forma del órgano de administración, aumentar o disminuir el capital o suprimir de los estatutos la causa en ellos establecida– con lo que la subsanación de la causa de disolución requerirá los requisitos de constitución y mayoría establecidos para los asuntos especiales (artículo 199.a o 199.b LSC, según los casos, para las SRL y 194 y 201.2 para las SA).

Para ello, lógicamente, habrá de reunirse previamente la Junta General, que deberá ser convocada por el administrador en el plazo de dos meses (artículo 365.1 LSC). Se entiende aquí que estos dos meses habrán de contarse desde la concurrencia de la causa, y que dentro de este plazo habrá de *convocarse*—no *celebrarse*— la Junta, es decir habrá de cumplirse dentro de este plazo el requisito de publicidad de la convocatoria, no su celebración. Cabe también que la iniciativa de la convocatoria corresponda a los socios (artículo 365.1 LSC) sin que se exija en este caso el requisito de su solicitud por un 5%, sino que bastará con que lo pida cualquier socio por concurrir supuestamente una causa legal para la convocatoria.

Si se cumplen los mandatos legales expresados más arriba, la Junta será convocada en plazo, se reunirá válidamente y tomará voluntariamente el acuerdo que proceda, disolver o remover la causa. En caso contrario, se podrá poner en marcha el procedimiento judicial de disolución.

7.2.3.2. *Disolución Judicial*

Cabe que el incumplimiento de lo ordenado por la LSC se produzca en cualquiera de varios puntos, y siempre se reconduce la ley a la disolución judicial según el artículo 366 LSC.

Así, puede que transcurran los dos meses sin que se produzca la convocatoria, o bien que la junta no pueda constituirse por insuficiencia de quorum (si es una SA) o que el acuerdo no se tome válidamente por insuficiencia de mayoría (si es una SL), o incluso que se tome un acuerdo contrario a la ley como sería mantener la inactividad y no remover la causa ni aprobar la disolución, o bien que el acuerdo tomado fuera insuficiente para remover íntegramente la causa... en cualquiera de los procederá la constatación judicial de la concurrencia de la causa de disolución y que la disolución se acuerde por el juzgado, pero se nos producirá una doble alternativa:

- a) *Solicitud voluntaria* de la disolución judicial. Se la atribuye la LSC (artículo 366.1) a cualquier interesado, puede por tanto ser un socio, un acreedor o un tercero, pero habrá de demostrar interés en la solución del caso y el procedimiento se dirigirá contra la propia sociedad.
- b) *Solicitud obligatoria* de la disolución judicial: se la impone al administrador el art. 366.2 LSC, y habrá de instarla dentro de los dos meses siguientes a la celebración prevista de la junta fallida o reunida pero insuficiente para remover el acuerdo.

Sólo hay un supuesto excepcional en el que el administrador no estará obligado a promover la disolución, y es el caso en que según ordena

la Ley Concursal exista una obligación de preferente cumplimiento, que consiste en el deber de presentar la solicitud voluntaria de Concurso de Acreedores, según se dispone en el artículo 5 de la Ley Concursal, extremo que se analizará en el último capítulo de este volumen.

7.2.3.3. *Responsabilidad del Administrador*

La consecuencia, para el administrador, del incumplimiento de su obligación de poner en marcha el procedimiento de disolución por acuerdo de Junta o de instar la disolución judicial o el Concurso de Acreedores en los casos en que la ley se lo ordena, le viene impuesta por el artículo 367 LSC, y es parecida, pero no idéntica, a la que ya hemos visto en el artículo 360.1.b para el supuesto automático de disolución por insuficiencia de capital.

Establece el artículo 367 que, en el supuesto de incumplimiento de su obligación de promover la disolución cuando ésta es obligatoria, los administradores responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores a la concurrencia de la causa de disolución. Debemos en primer lugar aclarar que esta responsabilidad se diferencia de la del 360.1.b en que sólo abarca las deudas *posteriores* a la concurrencia de la causa, mientras que la deducida del capital insuficiente alcanza a la totalidad de las deudas sociales.

Además la solidaridad se produce solidariamente entre los administradores en el supuesto del 367, y no como en el otro caso *solidariamente entre sí y con la sociedad*; la consecuencia es que en el incumplimiento de promover la disolución la responsabilidad de las obligaciones corresponde a la sociedad y, si ésta carece de patrimonio suficiente se extiende solidariamente entre todos los administradores, funciona pues como una garantía de las obligaciones sociales. Sin embargo en el supuesto del capital insuficiente la responsabilidad existe directamente, y no subsidiariamente de la sociedad, como se deduce de la fórmula *entre sí y con la sociedad*.

La determinación de cuáles sean las obligaciones posteriores a la concurrencia de la causa se resuelve mediante la presunción de que lo son todas. Así la LSC obliga al administrador a demostrar primero la fecha en que concurrió la causa de disolución –casi siempre imposible de demostrar para el tercero reclamante– y después la fecha en que se contrajo la obligación cuyo cumplimiento se reclama. De esta manera la actividad probatoria se desplaza íntegramente al administrador, que será el primer interesado en establecer indubitadamente ambas fechas.

7.3. LIQUIDACIÓN, EXTINCIÓN Y REACTIVACIÓN

Acordada la disolución, se habrá de proceder al nombramiento de Liquidadores, que se hará en su caso en el mismo acto que apruebe la disolución. Sin embargo, y para evitar argucias, la LSC establece (artículo 376) que los administradores se convertirán en liquidadores, salvo nombramiento expreso de la Junta o disposición contraria de los estatutos. Los liquidadores inician su actividad con base en el Balance de Disolución incorporado, en su caso, al acuerdo social y su función es, obviamente, llevar a cabo el proceso de liquidación, por el cual el patrimonio de la sociedad habrá de convertirse en efectivo –liquidarse, hacerse líquido– y por lo tanto apto para atender el pago, en su caso, de la cuota de retorno societario, es decir susceptible de reparto entre los socios proporcional a su participación respectiva en el capital.

El proceso de Liquidación consiste por lo tanto en hacer líquidos los activos, atender el pago de los pasivos y repartir el patrimonio neto entre los socios. Los encargados del proceso serán los liquidadores, cuyas competencias y responsabilidad son en todo similares a las de los administradores con la salvedad de que éstos tenían encomendado el desarrollo del objeto social, mientras que el objeto de la actividad de los liquidadores será la óptima realización del patrimonio, y no el objeto social. Por tanto no podrán, en principio, celebrar nuevos contratos relativos a la actividad, pero sí los concernientes a la realización del patrimonio (artículo 384 LSC) cobrando los créditos y pagando las deudas sociales.

Durante el período de liquidación permanecen vigentes las obligaciones sociales de llevanza de contabilidad, auditoría en su caso, convocatoria y celebración de juntas, derecho de información de los socios etc. Su actividad termina con la determinación –y posterior aprobación por los socios– de la cuota de liquidación y el Balance de Liquidación de la sociedad y el pago efectivo de la cuota liquidatoria, atendiendo la obligación que hemos descrito en los supuestos de reducción del capital de atender en su caso el derecho de oposición de los acreedores antes de otorgar la escritura de liquidación de la sociedad, en la que se hará constar la cuota liquidatoria abonada y la declaración expresa de haberse atendido el derecho de oposición y la incorporación del listado de socios y cuotas de liquidación abonadas para el caso de obligaciones de pago no atendidas.

La escritura de extinción será presentada para su inscripción en el Registro Mercantil, en el que además quedarán depositados los libros oficiales de la sociedad extinguida, con lo cual se habrá dado fin a la existencia de la sociedad.

Queda sólo reseñar la posibilidad, contenida en el artículo 370, de reactivar la sociedad, es decir de volver atrás la disolución, pero teniendo en cuenta que ésta no será posible en los casos de disolución automática ni en los supuestos especiales de disolución por orden judicial, y tampoco en los de disolución obligatoria mientras subsista la causa de disolución. Por lo tanto será primer requisito el acuerdo de remoción de la causa y junto a éste el de reactivación, y la ley requiere además que el patrimonio social supere la cifra de capital. En cuanto a los acreedores gozarán del derecho de oposición previsto para las reducciones de capital y los socios disidentes tendrán derecho a separarse de la sociedad. Por último la reactivación será imposible en el momento en que haya comenzado a pagarse la cuota de liquidación.

CASO PRÁCTICO

Los Srs. G. Donizzetti, G. Verdi, A. Ponchielli y G. Puccini son propietarios por iguales partes del capital de la entidad *Opera Italiana, SL*, en cuyo Balance figura un capital social de 10.000, con reservas constituidas por valor de 30.000 y pérdidas del último ejercicio por valor de 1.300. Existen 1.000 participaciones sociales por valor de 10 cada una de ellas.

Buscando el fortalecimiento de su negocio entran en tratos con *Strauss Sons, SA*, cuyo capital está repartido entre los Srs. Johann I, el 40%, Joseph y Johann II, el 25% cada uno, y Richard, el 10% restante, para sondear la posible fusión de ambas entidades. En el Balance de ésta aparece un capital de 25.000, dividido en 25.000 acciones, y se han constituido reservas por importe de 13.700.

Concertada la fusión por los administradores, ha de someterse a la aprobación de la junta general de ambas sociedades. Se le contrata a Vd. para determinar los fondos propios de la sociedad *Italovienesas de Música SA*, resultante de la fusión, calcular los tipos de canje, determinar las participaciones de los socios en la nueva sociedad y al propio tiempo determinar los derechos de los Srs. A. Ponchielli y R. Strauss, que se opondrán a la fusión por diversos motivos.

BIBLIOGRAFÍA

ARROYO, I. y EMBID, J. M. (Coords.), *Comentarios a la ley de sociedades anónimas*, Volumen I, Editorial Tecnos, 2011.

ÁVILA NAVARRO, P., *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, Ley 3/2009*, Editorial Bosch, 2009.

- CALVO VÉRGEZ, J., *Fusiones y escisiones de sociedades. Aspectos prácticos fiscales y contables*, Editorial La Ley, 2011.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Derecho de sociedades*, Editorial Tirant lo Blanch, 2010.
- GARRIDO DE PALMA, V. y BANACLOCHE PÉREZ, J., *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Editorial Civitas, 2010.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (Coord.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Editorial Civitas, 2009.
- ROJO, Á. y BELTRÁN, E. (Dirs.), *Comentarios de la Ley de Sociedades de Capital*, Madrid, 2011.
- URÍA, R. y MENÉNDEZ, A. (Dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, 2ª edición, Madrid, 2006.
- URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y OLIVENCIA, M. (Directores), *Comentarios al régimen de las sociedades mercantiles*, Editorial Civitas, 1994.

