

**DERECHO DE SOCIEDADES Y DE CRISIS
EMPRESARIALES**

DERECHO DE SOCIEDADES Y DE CRISIS EMPRESARIALES

Tratados Y Manuales (civitas)

DERECHO DE SOCIEDADES Y DE CRISIS EMPRESARIALES

Primera Edición

(Autores)

MANUELA SERRANO SÁNCHEZ

Profesora de Derecho Mercantil. Universidad Pontificia Comillas

ABEL B. VEIGA COPO

Profesor de Derecho Mercantil. Universidad Pontificia Comillas

ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS

Lecturer. Law School. University of Hull

DANIEL PRADES CUTILLAS

Profesor de Derecho Mercantil. Universidad Pontificia Comillas

JUANA MARÍA PARDO PARDO

Profesora de Marco Jurídico de la Empresa. Universidad Pontificia Comillas

RAFAEL BUDI HURTADO

Profesor de Derecho Mercantil. Universidad Pontificia Comillas

(Coordinador)

DANIEL PRADES CUTILLAS

Profesor de Derecho Mercantil. Universidad Pontificia Comillas

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters
Civitas es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2012 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Daniel Prades Cutillas (Coord.) y otros]

Editorial Aranzadi, SA
Camino de Galar, 15
31190, Pamplona
Teléfono: 948 297297
Fax: 948 297200

clientes@aranzadi.es
www.aranzadi.es

Depósito Legal:

ISBN 978-84-470-3996-8
NIPO

Relación de Autores

RAFAEL BUDI HURTADO

Profesor de Derecho Mercantil

Universidad Pontificia Comillas

JUANA MARÍA PARDO PARDO

Profesora de Marco Jurídico de la Empresa

Universidad Pontificia Comillas

DANIEL PRADES CUTILLAS

Profesor de Derecho Mercantil

Universidad Pontificia Comillas

ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS

Lecturer

Law School, University of Hull

MANUELA SERRANO SÁNCHEZ

Profesora de Derecho Mercantil

Universidad Pontificia Comillas

ABEL B. VEIGA COPO

Profesor de Derecho Mercantil

Universidad Pontificia Comillas

SUMARIO
Derecho de Sociedades y de crisis empresariales (Cívitas)

DERECHO DE SOCIEDADES Y DE CRISIS EMPRESARIALES (1ª EDICIÓN)

DERECHO DE SOCIEDADES Y DE CRISIS EMPRESARIALES

Derecho de Sociedades y de Crisis Empresariales

MANUELA SERRANO SÁNCHEZ

Profesora de Derecho Mercantil. Universidad Pontificia Comillas

ABEL B. VEIGA COPO

Profesor de Derecho Mercantil. Universidad Pontificia Comillas

ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS

Lecturer. Law School. University of Hull

DANIEL PRADES CUTILLAS

Profesor de Derecho Mercantil. Universidad Pontificia Comillas

JUANA MARÍA PARDO PARDO

Profesora de Marco Jurídico de la Empresa. Universidad Pontificia Comillas

RAFAEL BUDI HURTADO

Profesor de Derecho Mercantil. Universidad Pontificia Comillas

DANIEL PRADES CUTILLAS

Profesor de Derecho Mercantil. Universidad Pontificia Comillas

RELACIÓN DE AUTORES

TEMA 1 EL DERECHO DE SOCIEDADES Y EL EMPRESARIO SOCIETARIO

El Derecho de Sociedades y el Empresario Societario

ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS

Lecturer. Law School. University of Hull

1. Introducción: la importancia predominante de las sociedades en el tráfico mercantil
2. Concepto de sociedad: contrato, persona moral y expresión del derecho de asociación
 - 2.1. Concepto de sociedad: contrato de organización expresión del derecho de asociación
 - 2.2. Elementos del contrato de sociedad
 - 2.3. Efectos de la válida constitución de una sociedad
3. Responsabilidad social y dimensión actual de la actuación transfronteriza y multinacional de la empresa. nacionalidad y domicilio de las sociedades
 - 3.1. Actividad transfronteriza y multinacional de las sociedades, y su impacto en la determinación de la nacionalidad y la fijación del domicilio
 - 3.2. Responsabilidad social y dimensión actual de la actuación transfronteriza y multinacional de la empresa
4. Empresa y tipos societarios: sistema legal. la compañía mercantil y sus modalidades
 - . Caso práctico
 - . Bibliografía

TEMA 2 SOCIEDADES MERCANTILES PERSONALISTAS Y DE CAPITAL.

SOCIEDADES MERCANTILES CON RÉGIMEN JURÍDICO ESPECIAL

Sociedades Mercantiles Personalistas y de Capital. Sociedades

Mercantiles con Régimen Jurídico Especial

RAFAEL BUDI HURTADO

Profesor de Derecho Mercantil. Universidad Pontificia Comillas

1. sociedades mercantiles personalistas y de capital
2. La sociedad colectiva
 - 2.1. Función económica de la sociedad colectiva
 - 2.2. Concepto y características de la sociedad colectiva
 - 2.3. Constitución de la sociedad colectiva
 - 2.4. Estatuto jurídico de los socios
 - 2.4.1. Obligaciones y derechos de los socios
 - 2.4.1.1. Obligaciones de los socios
 - 2.4.1.2. Derechos de los socios
 - 2.4.2. Adquisición y pérdida de la cualidad de socio
 - 2.5. La administración de la sociedad colectiva
 - 2.5.1. Gestión y representación
 - 2.5.2. Ámbito material y formal de la administración
 - 2.6. Disolución y liquidación de la sociedad colectiva
 - 2.6.1. Disolución
 - 2.6.2. Liquidación
3. La sociedad comanditaria simple
 - 3.1. Función económica de la sociedad comanditaria
 - 3.2. Concepto y características de la sociedad comanditaria
 - 3.3. Constitución de la sociedad comanditaria
 - 3.4. Referencia comparada de la sociedad comanditaria con la sociedad colectiva, en lo relativo al Estatuto jurídico de los socios, cambio de socios, administración, disolución y liquidación de la sociedad.
4. Las sociedades de capital. Aspectos generales. Denominación y objeto
 - 4.1. Concepto, carácter mercantil y personalidad jurídica de las sociedades de capital

- 4.2. Clases de sociedades de capital y diferencias básicas
- 4.3. Referencia particular a la sociedad comanditaria por acciones.
- 4.4. Denominación y objeto de las sociedades de capital
 - 4.4.1. La denominación de las sociedades de capital
 - 4.4.2. El objeto de las sociedades de capital
- 5. Sociedades de capital con un régimen jurídico especial
 - 5.1. Preliminar
 - 5.2. La sociedad anónima cotizada
 - 5.2.1. Finalidad económica de la cotización de las acciones.
 - 5.2.2. Transparencia y supervisión de las sociedades anónimas cotizadas.
 - 5.2.3. Régimen jurídico de las sociedades anónimas cotizadas
 - 5.2.3.1. Especialidades en materia del capital, de las acciones representativas de éste y de las obligaciones emitidas por la Sociedad (art. 496 a 508 LSC)
 - 5.2.3.2. Especialidades referidas a la Junta general de accionistas
 - 5.2.3.3. Especialidades en materia de administración de la sociedad
 - 5.2.3.4. Especialidades en materia de contabilidad e información:
 - 5.3. Las sociedades con capital público
 - 5.3.1. El Estado como empresario social
 - 5.3.2. Características y clases de sociedades mercantiles con capital público
 - 5.3.3. Régimen jurídico de la sociedad anónima con capital público
 - 5.4. La sociedad anónima europea (SE)
 - 5.4.1. Referencia a la normativa jurídica de la Unión Europea en materia de sociedades mercantiles
 - 5.4.2. Finalidad económica y modalidades de constitución de la SE
 - 5.4.3. Régimen jurídico de la SE

- . Caso práctico
- . Bibliografía

TEMA 3 LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: CONSTITUCIÓN

Las Sociedades de Capital: Constitución

MANUELA SERRANO SÁNCHEZ

Profesora de Derecho Mercantil, Universidad Pontificia Comillas

1. Fundación simultánea de sociedad anónima y limitada, estatuto de los fundadores, fundación sucesiva y oferta de acciones en mercados de valores, estatuto de los promotores
 - 1.1. Estatuto de los fundadores
 - 1.2. Fundación sucesiva y oferta de acciones en mercado de valores
 - 1.3. Estatuto de los promotores
 2. Constitución: escritura e inscripción y estatutos, sociedad irregular y en formación, nulidad de la sociedad. Causas y efectos de su declaración, Sociedad de hecho, Sociedades unipersonales
 - 2.1. Constitución: escritura e inscripción y estatutos
 - 2.2. Sociedad irregular y en formación
 - 2.3. Nulidad de la sociedad. Causas y efectos de su declaración
 - 2.4. La sociedad de hecho
 - 2.5. Sociedades unipersonales
 3. Aportaciones y prestaciones accesorias. Tipos de aportación. Control del desembolso dinerario. Saneamiento de aportación en especie: informes y problemas de valoración
 - 3.1. Aportaciones y prestaciones accesorias. Tipos de aportación
 - 3.2. Control del desembolso dinerario
 - 3.3. Saneamiento de aportación en especie: informes y problemas de valoración
 4. Dividendos pasivos. Mora del accionista. Incumplimiento definitivo y modos de exclusión. Responsabilidad del vendedor de acciones no liberadas
 - 4.1. Mora del accionista
 - 4.2. Incumplimiento definitivo y modos de exclusión
 - 4.3. Responsabilidad del vendedor de acciones no liberadas
- . Caso práctico
 - . Bibliografía

TEMA 4 LA ACCIÓN Y LA PARTICIPACIÓN SOCIAL

La Acción y la Participación Social

ABEL B. VEIGA COPO

Profesor de Derecho Mercantil, Universidad Pontificia Comillas

1. La acción y la participación como parte del capital social
2. Clases de acciones y participaciones
3. Las formas de representación de la acción
 - 3.1. La activación del valor mobiliario
 - 3.2. Los distintos modelos de representación
4. Acciones incorporadas en títulos nominativos y al portador
 - 4.1. Acciones nominativas y al portador, títulos nominativos y al portador
 - 4.2. La elección entre títulos nominativos y títulos al portador
 - 4.3. Modificación del régimen de representación cartular
5. Supuestos de nominatividad obligatoria
 - 5.1. Supuestos de nominatividad obligatoria
 - 5.2. Consecuencias de la violación de la nominatividad obligatoria del art. 113 LSC
 - 5.3. El derecho del accionista recibir el título de su acción
 - 5.4. El título acción. Los títulos múltiples. La forma del título
 - 5.5. El título múltiple
 - 5.6. Títulos derivados de la acción: cupones y talones
 - 5.7. Menciones mínimas sobre el título
 - 5.8. Libro-registro de socios
6. Transmisión de participaciones y acciones
 - 6.1. Transmisión de participaciones sociales

- 6.2. Transmisión de las acciones
- 6.3. La adquisición de la sociedad de sus propias acciones
- . Caso práctico
- . Bibliografía

TEMA 5 ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD

Órganos de la Sociedad

JUANA MARÍA PARDO PARDO

Profesora de Marco Jurídico de la Empresa. Universidad Pontificia Comillas

1. Expresión orgánica de la voluntad de la persona jurídica
 - 1.1. Junta General y Órgano de Administración
 - 1.2. Competencias y conflictos inter-orgánicos
2. Tipos de Junta
 - 2.1. Junta General ordinaria y extraordinaria
 - 2.1.1. Junta General ordinaria
 - 2.1.2. Junta General extraordinaria
 - 2.2. Junta General y Especial
 - 2.3. Junta Universal
3. Junta General
 - 3.1. Convocatoria de la Junta
 - 3.2. Constitución, celebración y composición de la Junta
 - 3.3. Asistencia y representación
 - 3.4. El derecho de información
 - 3.5. Deliberación y adopción de acuerdos
4. Impugnación de acuerdos sociales
 - 4.1. Acuerdos impugnables
 - 4.2. Plazos de caducidad de la acción de impugnación
 - 4.3. Legitimación activa y pasiva para impugnar
 - 4.4. Procedimiento de impugnación
5. Órgano de Administración
 - 5.1. Estructura del Órgano de Administración
 - 5.2. Nombramiento de los administradores
 - 5.3. Capacidad y prohibiciones
 - 5.4. Duración
 - 5.5. Retribución
 - 5.6. Deberes de los administradores
 - 5.6.1. Deberes fiduciarios
 - 5.6.1.1. Deber de diligencia
 - 5.6.1.2. Deber de lealtad
 - 5.6.1.3. Deber de secreto
 - 5.6.1.4. Deber de abstención
 - 5.6.2. Deberes legales
 - 5.6.2.1. Deber de convocatoria de la Junta General
 - 5.6.2.2. Deber de solicitud de la disolución judicial
 - 5.6.2.3. Deber de solicitud del concurso
 - 5.7. Responsabilidad
 - 5.7.1. Presupuestos de la responsabilidad
 - 5.7.2. Responsabilidad solidaria y causas de exoneración de la responsabilidad
 - 5.7.3. Acciones societarias de responsabilidad de administradores. Especial referencia a la situación de concurso de la sociedad
 - 5.7.3.1. Acción social
 - 5.7.3.2. Acción individual por daños
 - 5.7.3.3. Acción de responsabilidad por deudas de la sociedad
6. Consejo de Administración
 - 6.1. Composición del Consejo de Administración
 - 6.2. Designación de Consejeros. Sistemas de representación proporcional y de cooptación de las sociedades anónimas
 - 6.3. Organización y funcionamiento
 - 6.4. Impugnación de Acuerdos
 - 6.5. Delegación de facultades
7. Gobierno Corporativo: El «Buen Gobierno» de las sociedades

TEMA 6 MODIFICACIONES ESTATUTARIAS Y ESTRUCTURALES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

Modificaciones Estatutarias y Estructurales de las Sociedades de Capital

DANIEL PRADES CUTILLAS

Profesor de Derecho Mercantil. Universidad Pontificia Comillas

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.
- . Caso práctico
. Bibliografía

TEMA 7 EXTINCIÓN DE LA SOCIEDAD

Extinción de la Sociedad

ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS

Lecturer, Law School, University of Hull

- 1. Introducción
- 2. La disolución. Concepto y causas. Forma y efectos. publicidad
 - 2.1. Concepto de disolución
 - 2.2. Causas de disolución de las sociedades mercantiles
 - 2.2.1. Causas de disolución de pleno derecho
 - 2.2.2. Causas legales o estatutarias de disolución que requieren de constatación por la Junta General
 - 2.2.3. Disolución por mero acuerdo de la Junta General
 - 2.3. Publicidad de la disolución de sociedades de capital
- 3. La liquidación: concepto. Apertura y publicidad periódica. Nombramiento, funciones y responsabilidad de los liquidadores. Ejecución de la liquidación
 - 3.1. Liquidación societaria. Apertura y publicidad periódica
 - 3.2. Efectos de la apertura de la fase de liquidación
 - 3.3. Nombramiento, funciones y responsabilidad de los liquidadores
 - 3.3.1. Nombramiento de los liquidadores, duración del cargo, cobertura de vacantes y separación
 - 3.3.2. Funciones de los liquidadores
 - 3.3.3. Responsabilidad de los liquidadores
 - 3.4. Ejecución de la liquidación: balance final y reglas de reparto
- 4. La reactivación. Continuación forzosa de la sociedad. Publicidad de la reactivación
 - 4.1. Reactivación de la sociedad disuelta
 - 4.2. Continuación forzosa de la actividad de la sociedad anónima disuelta por intervención del gobierno (expropiación)
 - 4.3. Publicidad de la reactivación societaria
- 5. Extinción. Cancelación registral. Impugnación y reapertura del registro
 - . Caso práctico
 - . Bibliografía

Con formato: Español (España)

TEMA 8 TÍTULOS VALORES

Títulos Valores

RAFAEL BUDI HURTADO

Profesor de Derecho Mercantil, Universidad Pontificia Comillas

- 1. Los títulos valores
 - 1.1. Concepto de los Títulos valores
 - 1.2. Clases de Títulos valores
 - 1.3. Alternativa al uso de los Títulos-valores
- 2. La letra de cambio
 - 2.1. Concepto y función económica de la Letra de cambio
 - 2.2. Creación, requisitos formales y sujetos de la Letra
 - 2.2.1. La creación de la Letra

Con formato: Español (España)

- 2.2.2. Requisitos formales de validez
- 2.2.3. Sujetos que pueden intervenir en la Letra
- 2.3. La aceptación de la Letra de cambio
 - 2.3.1. Concepto y forma de la aceptación
 - 2.3.2. Clases y efectos de la aceptación. Consecuencias de la negativa a aceptar la Letra
- 2.4. El endoso de la Letra
 - 2.4.1. Concepto, sujetos y forma del endoso
 - 2.4.2. Clases y efectos del endoso
 - 2.4.2.1. Endoso pleno
 - 2.4.2.2. El endoso limitado
- 2.5. El aval de la Letra
 - 2.5.1. Concepto, sujetos y forma del aval
 - 2.5.2. Clases y efectos del aval
- 2.6. Cláusulas facultativas de la Letra de cambio
- 2.7. El vencimiento, la presentación y el pago voluntario de la Letra
 - 2.7.1. El vencimiento de la Letra
 - 2.7.2. La presentación al pago
 - 2.7.3. El pago voluntario de la Letra. Forma y efectos del pago
- 2.8. El impago de la Letra
 - 2.8.1. Consecuencias de la falta de pago voluntario
 - 2.8.2. Constatación del impago
 - 2.8.3. La reclamación judicial de la Letra
- 3. El cheque
 - 3.1. Concepto y función económica del cheque
 - 3.2. Requisitos formales de validez y sujetos del cheque
 - 3.3. Clases de cheques
 - 3.4. El endoso y el aval del Cheque
 - 3.5. La presentación y el pago del Cheque. Consecuencias de su impago y reclamación judicial
- 4. El pagaré
 - 4.1. Concepto y función económica del pagaré
 - 4.2. Requisitos de validez y sujetos del Pagaré
 - 4.3. Clases de pagarés
 - 4.4. Régimen jurídico de funcionamiento del Pagaré

- ▲ Caso práctico
- . Anexo
- . Bibliografía

Con formato: Español (España)

TEMA 9 REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS CRISIS ECONÓMICAS: LA INSOLVENCIA.

Regulación Jurídica de las Crisis Económicas: La Insolvencia.

MANUELA SERRANO SÁNCHEZ

Profesora de Derecho Mercantil. Universidad Pontificia Comillas

- 1. Concurso de acreedores
 - 1.1. Principios generales de la Ley
 - 1.2. Caracteres generales
 - 1.3. Las soluciones paraconcursoales
- 2. Presupuestos del concurso
 - 2.1. El presupuesto objetivo: La insolvencia
 - 2.2. El presupuesto subjetivo
 - 2.3. El procedimiento formal: La declaración de concurso
 - 2.4. El auto declarativo
 - 2.5. Procedimiento abreviado
- 3. La administración concursal
 - 3.1. Composición
 - 3.2. Régimen de incapacidades y prohibiciones
 - 3.3. Estatuto jurídico del administrador concursal. Retribución. Responsabilidad
- . Caso práctico
- . Bibliografía

Con formato: Español (España)

TEMA 10 LAS MASAS ACTIVA Y PASIVA EN EL CONCURSO DE ACREEDORES

Las masas activa y pasiva en el concurso de Acreedores

ABEL B. VEIGA COPO

Profesor de Derecho Mercantil. Universidad Pontificia Comillas

- 1. Introducción
- 2. La delimitación de la masa activa
- 3. La masa pasiva
 - 3.1. Insinuación de créditos. La formación del pasivo y su verificación.
 - 3.2. El reconocimiento de créditos
 - 3.3. La impugnación de créditos
 - 3.3.1. La lista de acreedores y la impugnación de la misma
- 4. La clasificación de créditos
 - 4.1. Los créditos ordinarios
 - 4.2. El crédito privilegiado
 - 4.2.1. Los privilegios especiales
 - 4.2.2. Los privilegios generales
 - 4.3. Los créditos subordinados
- . Caso práctico

. Bibliografía

TEMA 11 LA CONCLUSIÓN DEL CONCURSO DE ACREEDORES

La Conclusión del Concurso de Acreedores

DANIEL PRADES CUTILLAS

Profesor de Derecho Mercantil, Universidad Pontificia Comillas

Con formato: Español (España)

1. El Convenio de Acreedores
 - 1.1. Contenido del Convenio
 - 1.2. Propuesta de Convenio
 - 1.2.1. La Propuesta Anticipada y su aceptación
 - 1.2.2. Propuesta Ordinaria
 - 1.3. La Junta de Acreedores
 - 1.3.1. Constitución
 - 1.3.2. Deliberación y votación
 - 1.4. Aprobación Judicial
 - 1.5. Eficacia y Cumplimiento del Convenio
 2. La Fase de Liquidación: Apertura y Efectos
 - 2.1. Apertura de la Fase de Liquidación
 - 2.2. Efectos
 - 2.2.1. Sobre el concursado
 - 2.2.1.1. Persona física
 - 2.2.1.2. Persona jurídica
 - 2.2.2. Sobre los créditos
 3. Las Operaciones de Liquidación
 - 3.1. Garantías del procedimiento
 - 3.2. Reintegración y Reducción
 - 3.3. El Plan de Liquidación
 - 3.4. Reglas supletorias
 - 3.5. El pago a los acreedores
 - 3.5.1. Créditos contra la Masa
 - 3.5.2. Créditos con privilegio especial
 - 3.5.3. Créditos con privilegio general
 - 3.5.4. Créditos ordinarios
 - 3.5.5. Créditos subordinados
 - 3.5.6. Créditos plurales
 4. La Calificación del Concurso
 - 4.1. Concurso culpable y fortuito
 - 4.2. Apreciación de la culpabilidad
 - 4.2.1. Apreciación causal
 - 4.2.2. Apreciación directa
 - 4.2.3. Apreciación objetiva
 - 4.3. Consecuencias de la sentencia de culpabilidad
 - 4.3.1. Contenido de la sentencia
 - 4.3.2. Consecuencias personales: inhabilitación
 - 4.3.3. Consecuencias patrimoniales
 - 4.3.4. Extensión de la responsabilidad patrimonial en el Concurso
 5. Conclusión y Reapertura del Concurso
 - 5.1. Conclusión del Concurso
 - 5.1.1. Conclusión por improcedencia del Concurso
 - 5.1.2. Conclusión por insolvencia del Concurso
 - 5.1.3. Efectos de la Conclusión del Concurso
 - 5.2. Reapertura del Concurso
 - 5.2.1. Persona física
 - 5.2.2. Persona jurídica
- . Caso práctico
- . Bibliografía

TEMA 1

El Derecho de Sociedades y el Empresario Societario

ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS
Lecturer. Law School. University of Hull

SUMARIO

1. Introducción: la importancia predominante de las sociedades en el tráfico mercantil
 2. Concepto de sociedad: contrato, persona moral y expresión del derecho de asociación
 - 2.1. Concepto de sociedad: contrato de organización expresión del derecho de asociación
 - 2.2. Elementos del contrato de sociedad
 - 2.3. Efectos de la válida constitución de una sociedad
 3. Responsabilidad social y dimensión actual de la actuación transfronteriza y multinacional de la empresa. nacionalidad y domicilio de las sociedades
 - 3.1. Actividad transfronteriza y multinacional de las sociedades, y su impacto en la determinación de la nacionalidad y la fijación del domicilio
 - 3.2. Responsabilidad social y dimensión actual de la actuación transfronteriza y multinacional de la empresa
 4. Empresa y tipos societarios: sistema legal. la compañía mercantil y sus modalidades
- Caso práctico
Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN: LA IMPORTANCIA PREDOMINANTE DE LAS SOCIEDADES EN EL TRÁFICO MERCANTIL

Actualmente son muy pocos los empresarios que desarrollan su actividad de manera individual, personal y directa en el mercado. Al contrario, la mayor parte de las iniciativas empresariales se encauzan mediante la constitución de sociedades a través de las que desarrollar la actividad de mercado que corresponda. Las razones detrás de la constitución de sociedades para la explotación de actividades mercantiles son muchas: desde la necesidad de agrupar recursos (principalmente, financieros, pero también personales y materiales), hasta la posibilidad de limitar la responsabilidad patrimonial de los partícipes en el proyecto empresarial (limitando las pérdidas potenciales a la aportación hecha a la sociedad, siempre que se trate de una sociedad de capital), pasando por cuestiones estrictamente organizativas (como la mayor facilidad de estructuración de grupos de empresas mediante grupos de sociedades) o facilitadoras de los negocios sobre la actividad (siempre es más sencillo transmitir una sociedad que una empresa) o, finalmente, por la necesidad de tomar en consideración cuestiones de índole fiscal o de carácter regulatorio.

En definitiva, el tráfico mercantil actual está claramente dominado por empresarios sociales y, por tanto, la unidad básica de nuestro tejido empresarial es, desde un punto de vista jurídico, la sociedad mercantil. En el ámbito nacional, dentro de los diversos tipos de sociedades que existen (y que se estudiarán en mayor detalle), la que goza de un claro protagonismo es la sociedad de responsabilidad limitada. En el período 2005-2010, más del 92% de las sociedades de nueva constitución adoptaron la forma de sociedad de responsabilidad limitada. Y, teniendo en cuenta que tres cuartas partes de las sociedades de nueva constitución fijan una cifra de capital muy cercana al mínimo legal (de 3.000 euros), debemos tener en cuenta que el

ropaje de sociedad de responsabilidad limitada obedecerá, en la mayor parte de los casos, al instrumento jurídico utilizado para la organización de una PYME (y, en muchos casos, se tratará de una microempresa).

Por tanto, el estudio del derecho de sociedades actual debe tener de trasfondo una realidad en la que la mayor parte de las sociedades son de pequeño tamaño (de modo que las relaciones entre sus miembros, principalmente socios y administradores, tenderán a ser estrechas y relativamente cerradas) y en el que la principal justificación para la creación de sociedades parece ser doble: de una parte, facilitar la gestión de la empresa y, de otra (y quizá más relevante), limitar la responsabilidad personal de los partícipes en la empresa por sus posibles deudas (por lo que será necesario prestar atención a los posibles abusos que puedan producirse y, cuando sea necesario, levantar el velo societario para asegurar la necesaria tutela de los intereses de acreedores y de terceros que se relacionan con la sociedad y que podrían quedar desprotegidos si las sociedades pudieran utilizarse de modo absoluto como un instrumento de mera limitación patrimonial).

En este tema introductorio nos centraremos en aspectos básicos del estatuto jurídico de las sociedades mercantiles (su concepto, nacionalidad, domicilio y tipología), mientras que otras cuestiones de organización y funcionamiento se detallarán y analizarán en mayor profundidad en las lecciones siguientes.

2. CONCEPTO DE SOCIEDAD: CONTRATO, PERSONA MORAL Y EXPRESIÓN DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN

2.1. CONCEPTO DE SOCIEDAD: CONTRATO DE ORGANIZACIÓN EXPRESIÓN DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN

El marco fundamental en que hay que entender la constitución de sociedades mercantiles debe encuadrarse en el derecho de asociación reconocido, con carácter fundamental, en el artículo 22 de la Constitución española. La sociedad es, en terminología tanto del Código Civil (CC) como del Código de Comercio (CCom) un contrato por el que varias personas se asocian y se obligan a poner en común los recursos para el desarrollo de una finalidad también común que, en la mayoría de los casos, implica un ánimo de lucro o, cuanto menos, un objetivo de gestión económica equilibrada (a efectos de garantizar la viabilidad y subsistencia de la sociedad). Así, el artículo 1665 CC define la sociedad como «*un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias*» y, en términos parecidos, el artículo 116 CCom define la sociedad (utilizando la antigua denominación de compañía) como un contrato «*por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro*». Por tanto, de los conceptos básicos de sociedad contenidos en el CC y en el CCom, parece que los elementos fundamentales para que una asociación constituya una sociedad (y no una asociación propiamente dicha, u otra figura como una comunidad, una fundación, etc.) será que implique: 1) la agrupación de varias personas, 2) la puesta en común de recursos materiales y/o personales, y 3) el ánimo de lucro (que la doctrina mayoritaria considera un elemento esencial del contrato especialmente en relación con las sociedades de capital, pero

que, como veremos, ha empezado a considerarse un elemento incidental del contrato de sociedad por la doctrina más moderna; discusión que no es irrelevante tras la inclusión de un deber general de reparto de dividendos por parte de las sociedades de capital en el nuevo art. 348 bis LSC).

Sin embargo, esta concepción tradicional de la sociedad no se ajusta plenamente a todos los tipos societarios mercantiles que establece nuestro ordenamiento jurídico actual. En primer lugar, conforme a lo previsto en los artículos 12 a 17 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), se permite la constitución de sociedades unipersonales, de modo que se erosiona el requisito de pluralidad de socios (y, en la misma medida, la vinculación del fenómeno societario al fenómeno asociativo y, en definitiva, la conexión entre el derecho de asociación y la creación y explotación de sociedades mercantiles unipersonales). En segundo lugar, el requisito de ánimo de lucro o de generación de ganancias repartibles entre los socios es cuestionable para algunos tipos societarios (no para las sociedades de capital, en que el nuevo artículo 348 bis LSC impone un deber de reparto de dividendos). Así, las agrupaciones de interés económico (AIE) y las cooperativas, que tienen naturaleza de sociedad mercantil en función de lo previsto en sus respectivas leyes reguladoras (art. 1 LAIE y art. 1 LCoop), carecen de ánimo de lucro por mandato legal. En el caso de las AIE, porque el ánimo de lucro se limita al de los empresarios que la integran: *«la agrupación de interés económico no tiene ánimo de lucro para sí misma»* (art. 2.2 LAIE, lo que no excluye, o más bien implica, que sí lo tiene para sus socios). Y, en el caso de las cooperativas, porque el ánimo de lucro no constituye el fin común de los asociados, sino que su finalidad es *«la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer [las] necesidades y aspiraciones económicas y sociales»* de las personas que en ella se asocian. Por tanto, el ánimo de lucro no es un elemento esencial del concepto de sociedad, por más que la mayor parte de las sociedades lo tengan. Lo que sí es innegable es que, teniendo en cuenta la imposibilidad de mantener agentes económicos en situación de pérdidas permanentes, toda sociedad que desarrolle una actividad económica deberá tender a una gestión que garantice su equilibrio patrimonial, por lo que toda sociedad deberá estar orientada en el desarrollo de sus actividades por un criterio de gestión económica adecuada (como confirman los regímenes de responsabilidad de los administradores de sociedades de cualquier tipo, incluidas las AIE y las Cooperativas y, en definitiva, como viene a imponer el régimen de responsabilidad de administradores de la Ley Concursal).

En vista de esta erosión del concepto clásico de sociedad, una relectura de los elementos esenciales del contrato vendría a exigir: 1) la exigencia de una válida voluntad constituyente de la sociedad (que, en la mayor parte de los casos, requerirá la asociación de una pluralidad de personas pero, en el caso concreto de las sociedades de capital, puede emitirse válidamente por acto unilateral del socio único), 2) la puesta en común de recursos económicos y/o personales para el desarrollo de una actividad o proyecto común (aunque este requisito podría dividirse en dos, distinguiendo la existencia del fin común y la contribución a su consecución mediante la aportación de recursos), y 3) la imposición de un criterio de gestión económica adecuada en el desarrollo de dicha actividad o proyecto, con el propósito de coadyuvar a su viabilidad y subsistencia o, como mínimo, de evitar que se desarrolle en perjuicio patrimonial de tercero (si bien este requisito no es considerado esencial por gran parte de la doctrina). Visto así, el contrato de sociedad en una concepción moderna debe entenderse como un contrato (generalmente plurilateral) de organización, por el que los socios acuerdan desarrollar y explotar en común una actividad económica, con el ánimo de hacerla viable y de

aplicar los resultados de la actividad a los fines que tengan establecidos (ya sea su reparto, ya sea su reinversión en determinadas actividades o colectivos).

2.2. ELEMENTOS DEL CONTRATO DE SOCIEDAD

Como todo contrato, su validez está subordinada por el artículo 1261 CC a la existencia de tres elementos fundamentales: 1) consentimiento de los contratantes, 2) objeto cierto que sea materia del contrato y 3) causa de la obligación que se establezca por el contrato. En el caso del contrato de sociedad, y en vista de las anteriores consideraciones, es necesario precisar o reinterpretar en alguna medida estos requisitos.

En primer lugar, el *consentimiento* deberá expresarse válidamente por el socio único en el caso de sociedades unipersonales o, al menos, por dos de los socios en el resto de casos (de lo contrario, nos encontraremos en causa de nulidad del contrato). En consentimiento debe referirse tanto a la propia creación de la sociedad como a las obligaciones que los socios adquieran a resultas de dicha constitución. En cambio, posibles errores sobre el tipo de sociedad que se vaya a constituir (una sociedad limitada en lugar de una anónima, etc) o sobre elementos no esenciales del contrato (tales como la denominación o el domicilio social) no generarán la nulidad del contrato de sociedad (sin perjuicio de que, en su caso, permitan anular la participación de un determinado socio o de varios por error u otro vicio de su consentimiento).

En segundo lugar, conviene distinguir el *objeto del contrato de sociedad* de las obligaciones impuestas a los socios por su nueva condición. Por más que, con carácter general, se defina el objeto del contrato como las prestaciones recíprocamente debidas entre las partes; la naturaleza plurilateral o colectiva del contrato de sociedad (y, quizá de manera más clara, en el caso de sociedades unipersonales en que la reciprocidad es imposible) impide esta configuración del objeto del contrato. No puede decirse que los socios se deban entre sí las aportaciones que hayan comprometido hacer al patrimonio social, ni que la mayor parte de los derechos y obligaciones de los socios sean ejercitables entre ellos, sino que la sociedad de nueva creación constituirá el núcleo de todas estas relaciones jurídicas y, con muy limitadas excepciones (como los deberes fiduciarios entre socios, particularmente en casos de mayoría-minoría), los derechos y deberes de los socios lo son frente a la sociedad, y no frente al resto de socios. Así, el objeto del contrato de sociedad no son, estrictamente, las prestaciones comprometidas frente a la sociedad (por más que constituyan un elemento esencial del pacto entre los socios, puesto que la falta de aportación por alguno de los socios no permitiría la resolución del contrato por incumplimiento parcial) ni los derechos que derivan del estatuto de socio; sino que el objeto es, simplemente, la constitución de la propia sociedad y la atribución de la condición de socio a los fundadores (con los efectos que veremos). De este modo, el contrato se perfecciona y se agota prácticamente al mismo tiempo, puesto que la creación de la sociedad cumple íntegramente con el objeto contractual. Desde entonces, la fuente de obligaciones y derechos para cada uno de los socios será la pertenencia a la sociedad como persona jurídica, que seguirá teniendo naturaleza contractual, pero no la misma (puesto que derivará de la válida adquisición por cualquier título de la cuota, de las participaciones o las acciones que correspondan).

En tercer lugar, en relación con la *causa del contrato de sociedad* y sin entrar en debates doctrinales, cabe considerar que es el interés colectivo de los socios en el desarrollo del

proyecto o actividad común en los términos establecidos por el contrato de sociedad. Por tanto, la causa del contrato de sociedad es el *objeto social*, que se erige en patrón de medida del interés social (que no es otro que su consecución o, cuanto menos, la promoción de las condiciones más favorables para su consecución, especialmente por parte de los administradores sociales, conforme a sus deberes de diligencia y lealtad). Por tanto, salvo en los casos en que el objeto social se concrete en una actividad ilícita, difícilmente encontraremos contratos de sociedad nulos por falta de causa. Como se verá en su momento, el objeto social debe quedar claramente especificado en los estatutos sociales de manera suficientemente precisa y la sustitución o modificación sustancial del objeto social generará el derecho de separación del socio (que puede no estar interesado en participar en una sociedad que promueva un proyecto o actividad distintos de los inicialmente establecidos).

Por último, hay que tener en cuenta que, pese al principio de libertad de forma que establece el artículo 1278 CC (que prevé que los contratos serán obligatorios, con independencia de la forma en que se hayan celebrado, salvo previsión legal en contra), en el marco societario existen requisitos formales de cumplimiento esencial para la válida constitución de una sociedad mercantil (en la mayoría de los casos, constitutivos de la personalidad jurídica bajo el tipo elegido; art 33 y 39 LSC, y arts. 116.2 y 119 CCom o, cuanto menos, para la válida elección de tipo social y la generación de los efectos generalmente vinculados a la válida creación de la sociedad en relación con la limitación de responsabilidad de los socios), como son el *otorgamiento del contrato en escritura pública y su inscripción en el Registro Mercantil*. En caso de incumplimiento de los requisitos de forma, la sociedad devendrá *irregular* (en el caso de las sociedades de capital, después de transitar por un estado intermedio de «sociedad en formación») y podrá verse «reclasificada» a un tipo general (que será el de la sociedad colectiva o el de la sociedad civil, dependiendo de la actividad que desarrolle) o, incluso, podrá carecer de personalidad jurídica de modo que los socios lleguen a ser personal e ilimitadamente responsables por los actos que se hayan realizado en nombre y por cuenta de la sociedad indebidamente constituida. Por tanto, para el pleno despliegue de los efectos de la constitución de una sociedad mercantil (especialmente, en el caso de las sociedades de capital), es requisito ineludible cumplir con la elevación a público del contrato y su correcta inscripción en el Registro Mercantil.

2.3. EFECTOS DE LA VÁLIDA CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD

La válida constitución de una sociedad (conforme a los requisitos aplicables al tipo que corresponda) determina la adquisición de personalidad jurídica propia y, en consecuencia, la creación de un patrimonio separado del de sus socios, que será el que responda a título principal (y exclusivo en el caso de las sociedades de capital) de las obligaciones y deudas generadas por la actividad (económica) desarrollada por la sociedad.

La *atribución de personalidad jurídica propia a la sociedad* implica que los actos que los socios (en el caso en que sean administradores), los órganos sociales con capacidad de representación (los administradores o liquidadores) o los apoderados o mandatarios de la sociedad lleven a cabo en el tráfico jurídico se imputarán a la sociedad y no a quien los lleve a cabo (siempre que se cumplan los requisitos derivados de la teoría de la representación orgánica o de la representación o gestión de intereses ajenos). De este modo, la sociedad debidamente creada es un sujeto de derechos y obligaciones separado de sus socios y, por

tanto, el contrato de sociedad al que se da personalidad jurídica sirve como nexo de obligaciones y contratos no sólo entre los socios (como ya hemos visto), sino también con terceros. En definitiva, la personalidad jurídica de la sociedad se utiliza como instrumento de imputación de derechos y obligaciones -sin que quepa llevar la ficción jurídica hasta el extremo de personalizar o humanizar a las sociedades-, especialmente en aquellos casos en que se cuestione si la sociedad puede tener un interés distinto del de los socios, o si las sociedades tienen un derecho a la subsistencia que haya que ponderar con el interés de los socios en su eventual disolución y liquidación; cuestiones que también estarán vinculadas con la cuestión de la responsabilidad social (corporativa), que veremos más adelante.

Quizá el efecto más destacado de la atribución de personalidad jurídica es la *creación de un patrimonio social separado del de los socios*. Este patrimonio se integra, en el momento de la constitución de la sociedad, con las aportaciones de los socios (tanto las efectivamente realizadas como las que, eventualmente, se hayan comprometido a futuro, por las que la sociedad tendrá un derecho de crédito frente a los socios) e irá viéndose acrecentado o mermado con los beneficios o pérdidas derivados de la explotación de la empresa a que se dedique la sociedad o, con carácter más general, a resultados de su actividad económica en el mercado. Con carácter general, como se adelantaba, la creación de este patrimonio separado implica que los socios no responderán de las obligaciones y deudas sociales mientras el patrimonio social sea suficiente para cubrirlas. Y, en caso de insuficiencia patrimonial de la sociedad, la responsabilidad subsidiaria de los socios sólo existirá en tipos societarios distintos de las sociedades de capital.

Teniendo en cuenta que, como indicamos en la introducción, la práctica totalidad de las sociedades de nueva constitución son de capital (y, más concretamente, sociedades de responsabilidad limitada), el efecto de la limitación patrimonial es uno de los motivos principales para la estructuración de la actividad mercantil a través de una sociedad. Y, precisamente por este efecto y por el interés de los socios en limitar la responsabilidad patrimonial por las deudas y obligaciones de la sociedad que han constituido, existe *riesgo de abuso de la personalidad jurídica* (esto es, de la separación patrimonial) en aquellos casos en que el único interés en la creación de la sociedad es utilizarla como escudo patrimonial o mecanismo defraudatorio de los intereses de los terceros que se relacionan con ella (motivo por el que, durante muchos años, se prohibía la existencia de sociedades unipersonales y que, aún hoy, impone especiales deberes de transparencia y gestión y contratación en términos de mercado por parte del socio único; véanse los artículos 12 a 19 LSC).

En estos casos, la *doctrina del levantamiento del velo societario* permitirá desconocer la existencia de la sociedad (y, por tanto, imputar responsabilidad directa y solidaria a los socios por las deudas y obligaciones sociales) en los casos de abuso, que nuestra jurisprudencia ha venido concretando en casos de confusión patrimonial (en que no se pueda discernir donde termina el patrimonio social y donde empieza el patrimonio personal de los socios, principalmente porque los socios hagan uso de los activos sociales o se produzcan transferencias injustificadas de activos entre socios y sociedad), gestión de la sociedad por administradores de hecho en su propio interés o interés de un tercero (o gestión «externa» de la sociedad) o casos de infracapitalización material, en los que el patrimonio societario (o patrimonio de riesgo) sea manifiestamente insuficiente para hacer frente a los riesgos y pérdidas razonablemente previsibles en el desarrollo de una determinada actividad económica.

3. RESPONSABILIDAD SOCIAL Y DIMENSIÓN ACTUAL DE LA ACTUACIÓN TRANSFRONTERIZA Y MULTINACIONAL DE LA EMPRESA. NACIONALIDAD Y DOMICILIO DE LAS SOCIEDADES

3.1. ACTIVIDAD TRANSFRONTERIZA Y MULTINACIONAL DE LAS SOCIEDADES, Y SU IMPACTO EN LA DETERMINACIÓN DE LA NACIONALIDAD Y LA FIJACIÓN DEL DOMICILIO

Uno de los grandes debates que se están desarrollando en el ámbito del derecho societario es el relativo a la nacionalidad y domicilio de las sociedades (particularmente, de aquellas que explotan empresas transnacionales o multinacionales) y al significado que la localización física del centro de administración pueda tener en el actual contexto de globalización y deslocalización económica (pese a la crisis de los últimos años).

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, la cuestión de la nacionalidad y domicilio societario puede parecer sencilla. En aplicación del criterio de asignación de nacionalidad conforme a la *sede real* (esto es, conforme a la ley del lugar en el que efectivamente opere, en vez de la ley del lugar donde la sociedad se constituye o se encuentra inscrita en el registro público correspondiente -por tanto, conforme al domicilio social real y no al estatutario-), toda sociedad que se constituya conforme a las leyes españolas deberá fijar su domicilio (real y estatutario) en territorio español y tendrá, por tanto nacionalidad española; y, viceversa, toda sociedad que pretenda fijar su domicilio social (o su dirección efectiva) en territorio español deberá someterse a las leyes españolas (incluyendo, en caso necesario, la disolución conforme a las normas de su país de origen y su «refundación» conforme a la legislación española). Este criterio aparentemente sencillo de identidad necesaria entre localización física de la sede social y nacionalidad (con el consiguiente sometimiento a la ley española como ley nacional) plantea, no obstante, bastantes problemas.

El primer y más fundamental problema es la *incompatibilidad parcial del requisito de sede real con el Derecho comunitario*. La exigencia de que toda sociedad que tenga su sede real (o centro efectivo de toma de decisiones) en territorio español se someta a la normativa nacional vulnera los derechos de libertad de establecimiento y libertad de circulación previstos con carácter fundamental en el Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). En este sentido, al menos en relación con las sociedades que tengan la nacionalidad de un Estado miembro de la UE distinto de España pero con sede real en España, la sumisión a la legislación societaria española es ineficaz y, por tanto, hay que reconocer su personalidad jurídica y adecuado funcionamiento siempre que cumplan con la normativa de su país de constitución (es decir, habrá que estar al *modelo de sede de constitución*). En este sentido, las sociedades de los Estados miembros deben ser libres de trasladar su domicilio a cualquier otro país de la UE sin tener que disolverse y «refundarse» ni ver su régimen jurídico alterado (por ejemplo, imponiéndoles obligaciones de inscripción en el Registro Mercantil u otros requisitos formales o materiales) [véase, por todas, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de noviembre de 2002, en el asunto C-208/00 *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*; en

concreto, apartados 80-81]. Por tanto, la exigencia de fijación del domicilio en España y sumisión a la normativa societaria española sólo es aplicable respecto de las sociedades que se constituyan en España (que deberán aprobar una modificación estructural conforme a la Ley 3/2009 si quieren trasladar su domicilio real o estatutario al extranjero con posterioridad, como veremos en otro tema) o a sociedades extranjeras extracomunitarias que quieran fijar su domicilio social estatutario (o que tengan el centro efectivo de toma de decisiones, o domicilio social real o efectivo) en territorio español. En estos casos, será imprescindible acudir a las reglas determinadas por el derecho internacional privado.

El segundo problema, de carácter más económico, es fijar qué criterios permiten determinar (justificadamente) que una sociedad deba adoptar una determinada nacionalidad, fundamentalmente a efectos de su sujeción a la legislación española. En un entorno como el actual, en que las principales sociedades cotizadas son las matrices de grupos con una presencia internacional que puede llegar a superar su presencia en España (en términos de volumen de negocio, valor de los activos o número de empleados), o en que otras muchas empresas medianas y grandes son filiales de grupos extranjeros o están integradas en redes transnacionales de sociedades, parece poco justificado seguir defendiendo a ultranza el criterio de la sede física o del domicilio social para la atribución de nacionalidad a las sociedades. Por otra parte, el propio concepto de domicilio social puede estar perdiendo importancia, puesto que cada vez más el propio funcionamiento societario es objeto de desmaterialización o virtualización (pensemos, por ejemplo, en la importancia de la página web de la sociedad para la publicidad de la actividad societaria, o en la posibilidad de celebración de juntas por medios estrictamente telemáticos). Por tanto, una de las dificultades aún no resueltas es la posible elección de foros de conveniencia para la fijación del domicilio social, que puede requerir profundos cambios en la materia en el futuro.

3.2. RESPONSABILIDAD SOCIAL Y DIMENSIÓN ACTUAL DE LA ACTUACIÓN TRANSFRONTERIZA Y MULTINACIONAL DE LA EMPRESA

Otro de los grandes debates que está generando propuestas de reforma en el ámbito del derecho societario es el de la necesaria delimitación del ámbito de responsabilidad de las sociedades, fundamentalmente en relación con su impacto en el tejido social y en el medio ambiente. Teniendo en cuenta la importancia e influencia que están adquiriendo las sociedades (particularmente, las de mayor tamaño y con actividades transfronterizas o multinacionales), ha surgido un movimiento de *responsabilidad social corporativa* que pretende promover un comportamiento más ético, más orientado a valores sociales y más sostenible medioambientalmente. En definitiva, se pretende evitar que las grandes sociedades estructuren sus actividades y sus grupos en busca de las jurisdicciones en que se les impongan menores requisitos regulatorios (principalmente, en materia de empleo y de control de su impacto ecológico) y que asuman (voluntariamente, o mediante instrumentos jurídicos vinculantes) compromisos exigibles de promoción de un empleo de calidad (evitando la deslocalización a jurisdicciones que no respeten los derechos de los trabajadores o de los niños, por ejemplo) y de adecuada protección del entorno (asumiendo elevados compromisos de minimización del impacto de sus actividades en los ecosistemas, o de producción de productos altamente reciclables, con materiales no agresivos, o de control de las emisiones de gases contaminantes). Gran parte del debate se mueve, no tanto en relación con la deseabilidad o adecuación de estos objetivos, como en torno a la cuestión de si el derecho

societario es el mecanismo adecuado para la imposición de esta *responsabilidad social corporativa* -o si, al contrario, se trata de una actuación de promoción más propia del derecho público (a través del sistema tributario y administrativo-sancionador) o, en su caso, si no sería más conveniente apostar por la autorregulación a través de códigos de conducta. En todo caso, y pese a que actualmente estén en discusión los instrumentos adecuados, desde un punto de vista sociológico sí parece que el fenómeno de la RSC está en auge.

4. EMPRESA Y TIPOS SOCIETARIOS: SISTEMA LEGAL. LA COMPAÑÍA MERCANTIL Y SUS MODALIDADES

Como se ha venido indicando a lo largo de las anteriores secciones, la constitución de una sociedad mercantil obedece a la decisión de crear o explotar una empresa de forma colectiva (y, en la mayoría de las situaciones, con ánimo de lucro o, cuanto menos, con una orientación a su adecuada gestión económica a efectos de promover su viabilidad y coadyuvar a su subsistencia). Por tanto, es un error frecuente identificar empresa con sociedad. La sociedad es la persona jurídica creada por los socios como vehículo para la creación y explotación de la empresa, que es el conjunto organizado de elementos patrimoniales y de personas que desarrollan la actividad económica que determine el objeto social. Fijándonos exclusivamente en la sociedad, hay que tener en cuenta que la libertad de los socios no es absoluta para configurar la sociedad del modo que quieran, diseñándola exactamente a su medida (como podría deducirse, sin más, del principio general de libertad de pactos o autonomía de la voluntad previsto en el artículo 1255 CC). Al contrario, la libertad de configuración societaria está limitada por la existencia de un catálogo legal cerrado (o *numerus clausus*) de tipos societarios, de entre los que (eso sí), los socios podrán elegir libremente (salvo en casos limitados, en los que la ley imponga una determinada forma social para el desarrollo de alguna actividad, como es el caso de la mayor parte de instituciones financieras o de compañías aseguradoras).

Así, pues, los socios que quieran constituir una sociedad mercantil para la creación y/o explotación en común de una empresa, pueden elegir de entre los siguientes tipos sociales, que se describen brevemente.

1. *Sociedad colectiva*: es una sociedad personalista que se caracteriza porque todos sus socios (que se denominan socios colectivos) tienen responsabilidad por las deudas sociales y pueden intervenir en la gestión, dirección o administración social. Por tanto, es una sociedad en que la identidad del resto de socios es muy importante (*intuitu personae*), dado el carácter claramente personal de la relación entre socios, su participación directa en la administración y gestión social y, destacadamente, la asunción de responsabilidad personal (aunque subsidiaria) por las deudas sociales.
2. *Sociedad comanditaria simple*: es una sociedad personalista algo más compleja que la sociedad colectiva, dado que junto a los socios colectivos (que tienen el mismo régimen que en la sociedad colectiva), existen socios comanditarios con menores obligaciones y sin capacidad de gestión, que simplemente invierten una cantidad de dinero en la sociedad con el propósito de participar en las ganancias derivadas de la explotación de la empresa.

3. *Sociedad anónima*: se trata de una sociedad de capital pensada como paradigma de las sociedades abiertas, en las que la relación personal entre socios no es relevante (*intuitu pecuniae*, dado que la gestión tiende a estar profesionalizada en un conjunto de administradores que no tienen por qué reunir la condición de socio), en que los socios no asumen responsabilidad personal por las deudas sociales (limitando su riesgo al capital suscrito) y que tiene su capital dividido en acciones, que son títulos-valor susceptibles de cotización en bolsa (en cuyo caso, puede hablarse del «sub-tipo» especial de *sociedad cotizada*, que plantea necesidades específicas de regulación, especialmente en materia de ejercicio de derechos por parte de los accionistas, que tienden a ser muchos en número y a acumular participaciones bastante limitadas en el capital).

4. *Sociedad de responsabilidad limitada*: es una sociedad de capital que se ha convertido en la sociedad general del tráfico mercantil y que se conceptúa como sociedad híbrida (en la que hay limitación patrimonial y profesionalización de la administración, pero una flexibilidad mayor a la de la sociedad anónima y muy cercana en algunas cuestiones a la propia de las sociedades colectivas) de carácter cerrado (y, por tanto, en que la identidad del resto de socios es relevante y justifica la imposición de restricciones a la entrada y salida de socios), y que tiene el capital dividido en participaciones, que no son títulos-valores y, por tanto, no pueden cotizar en bolsa.

5. *Sociedad comanditaria por acciones*: es una sociedad de capital de régimen bastante complejo, dado que es como la sociedad comanditaria simple pero las participaciones de los socios comanditarios están estructuradas en forma de capital y divididos en acciones, de modo similar a la sociedad anónima (cuyo régimen jurídico se aplica, en buena medida, en materia de capital y de derechos y obligaciones de los socios comanditarios).

6. *Sociedad cooperativa*: es una sociedad mercantil especial, dado que funciona conforme a los principios de libertad de entrada y salida (y, por tanto, tiene una cifra de capital variable) y de principio democrático (una cabeza, un voto). La participación de los socios puede ser de varios tipos, distinguiendo entre aquellos que están obligados a participar en las actividades cooperativizadas y aquellos que se limitan a realizar aportaciones de capital a la cooperativa. Se trata de una forma societaria especialmente desarrollada para la explotación de empresas en el sector agrícola.

7. *Otras formas societarias o cuasi-societarias de régimen especial*, por las que pueden optar los empresarios para el desarrollo de actividades puntuales en común (como las Uniones Temporales de Empresas) o el desarrollo de actividades secundarias (como las Agrupaciones de Interés Económico) o complementarias (como las Sociedades de Garantía Recíproca).

8. En el caso de optar por sociedades de capital (fundamentalmente, sociedades anónimas o de responsabilidad limitada), los socios también pueden tratar de configurarlas para acceder al estatuto de la *sociedad laboral* (en que la mayor parte del capital pertenece a sus empleados con contrato indefinido) o la *sociedad profesional* (en que la mayor parte del capital pertenece a profesionales colegiados para el ejercicio de una actividad sujeta a reserva legal, como la medicina, la auditoría de cuentas o el asesoramiento legal). En un sentido similar, conviene tener en cuenta el régimen aplicable a la *sociedad anónima deportiva*, para los casos de clubes deportivos que

compitan a nivel profesional.

Como hemos mencionado, los socios tienen libertad de elección entre los anteriores tipos (siempre que respeten los requisitos aplicables a cada uno de ellos), pero no pueden crear sociedades de tipo distinto (sociedades atípicas o híbridas). Dentro de cada tipo, las normas reguladoras les permitirán cierta discreción para ajustar las normas estatutarias a las necesidades concretas de cada sociedad. No obstante, los socios siempre deberán respetar las normas imperativas aplicables a cada tipo societario y, en todo caso, los elementos configuradores de cada tipo. En caso contrario, y como se verá en mayor detalle en otros temas, nos encontraremos ante una *sociedad irregular por atípica*, a la que serán de aplicación las normas de la sociedad colectiva (o, en su defecto, de la sociedad civil en aquellos casos en que la sociedad no desarrolle actividad mercantil).

CASO PRÁCTICO

format:sangrado:izq

Pedro C. B. ha vuelto de un viaje a Alemania en el que ha conocido a un fabricante de bicicletas plegables interesado en venderlas en España. Pedro está interesado en introducir las bicicletas en el mercado español, pero tiene dudas de que sea un buen momento. Para minimizar los riesgos de su empresa, Pedro se plantea tres alternativas: 1) importar las bicicletas directamente y venderlas en el mercado como empresario individual, 2) crear una sociedad unipersonal para desarrollar la actividad, y 3) crear una sociedad participada con el fabricante alemán, al 50%. Analice las ventajas e inconvenientes de cada una de estas alternativas para Pedro como empresario (especialmente, a efectos de su responsabilidad) y, en el caso de la última opción, determine si la sociedad debería ser española o alemana y, en caso de ser una sociedad alemana, si podría desarrollar su actividad en España pero registrarse por el derecho de sociedades alemán.

BIBLIOGRAFÍA

format:sangrado:fran

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «La libertad de establecimiento y el reconocimiento de los tipos societarios extranjeros: una revisión de la jurisprudencia del TJCE», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 252 (Ejemplar dedicado a: Derecho de Sociedades), 2006, págs. 131-142.

format:sangrado:fran

LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M., «La influencia del Derecho comunitario en la configuración del moderno Derecho de sociedades. Apuntes sobre el concepto de causa a propósito de la STC CENTROS», en *Derecho de sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, Vol. 1, 2002, págs. 319-330.

format:sangrado:fran

ORTIZ SEIJAS, P., «Contrato de sociedad. Sociedad irregular», *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 88, 2008, pág. 29.

Tema 1

format:sangrado:fran

PAZ-ARES, C. J., «La sociedad en general: caracterización del contrato de sociedad», en URÍA MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil I*, eds. 1ª y 2ª, Madrid, Civitas, 1999-2006.

format:sangrado:fran

PAZ-ARES, C. J., «Sociedad mercantil» en Montoya Melgar (Dir.), *Enciclopedia jurídica básica*, Madrid, Civitas, 1995.

format:sangrado:fran

SANJUÁN Y MUÑOZ, E., «El contrato de sociedad: concepto y clases. Constitución, administración, obligaciones y derechos. Extinción», *Noticias jurídicas*, octubre 2003.

TEMA 2

Sociedades Mercantiles Personalistas y de Capital. Sociedades Mercantiles con Régimen Jurídico Especial

RAFAEL BUDI HURTADO

Profesor de Derecho Mercantil. Universidad Pontificia Comillas

SUMARIO

1. sociedades mercantiles personalistas y de capital
2. La sociedad colectiva
 - 2.1. Función económica de la sociedad colectiva
 - 2.2. Concepto y características de la sociedad colectiva
 - 2.3. Constitución de la sociedad colectiva
 - 2.4. Estatuto jurídico de los socios
 - 2.4.1. Obligaciones y derechos de los socios
 - 2.4.1.1. Obligaciones de los socios
 - 2.4.1.2. Derechos de los socios
 - 2.4.2. Adquisición y pérdida de la cualidad de socio
 - 2.5. La administración de la sociedad colectiva
 - 2.5.1. Gestión y representación
 - 2.5.2. Ámbito material y formal de la administración
 - 2.6. Disolución y liquidación de la sociedad colectiva
 - 2.6.1. Disolución
 - 2.6.2. Liquidación
3. La sociedad comanditaria simple
 - 3.1. Función económica de la sociedad comanditaria
 - 3.2. Concepto y características de la sociedad comanditaria
 - 3.3. Constitución de la sociedad comanditaria
 - 3.4. Referencia comparada de la sociedad comanditaria con la sociedad colectiva, en lo relativo al Estatuto jurídico de los socios, cambio de socios, administración, disolución y liquidación de la sociedad
4. Las sociedades de capital. Aspectos generales. Denominación y objeto
 - 4.1. Concepto, carácter mercantil y personalidad jurídica de las sociedades de capital
 - 4.2. Clases de sociedades de capital y diferencias básicas
 - 4.3. Referencia particular a la sociedad comanditaria por acciones
 - 4.4. Denominación y objeto de las sociedades de capital
 - 4.4.1. La denominación de las sociedades de capital
 - 4.4.2. El objeto de las sociedades de capital
5. Sociedades de capital con un régimen jurídico especial
 - 5.1. Preliminar
 - 5.2. La sociedad anónima cotizada
 - 5.2.1. Finalidad económica de la cotización de las acciones
 - 5.2.2. Transparencia y supervisión de las sociedades anónimas cotizadas
 - 5.2.3. Régimen jurídico de las sociedades anónimas cotizadas
 - 5.2.3.1. Especialidades en materia del capital, de las acciones representativas de éste y de las obligaciones emitidas por la Sociedad
 - 5.2.3.2. Especialidades referidas a la Junta general de accionistas
 - 5.2.3.3. Especialidades en materia de administración de la sociedad
 - 5.2.3.4. Especialidades en materia de contabilidad e información
 - 5.3. Las sociedades con capital público
 - 5.3.1. El Estado como empresario social

[5.3.2. Características y clases de sociedades mercantiles con capital público](#)

[5.3.3. Régimen jurídico de la sociedad anónima con capital público](#)

[5.4. La sociedad anónima europea \(SE\)](#)

[5.4.1. Referencia a la normativa jurídica de la Unión Europea en materia de sociedades mercantiles](#)

[5.4.2. Finalidad económica y modalidades de constitución de la SE](#)

[5.4.3. Régimen jurídico de la SE](#)

[Caso práctico](#)

[Bibliografía](#)

-

1. SOCIEDADES MERCANTILES PERSONALISTAS Y DE CAPITAL

El empresario social o sociedad mercantil puede ser clasificado atendiendo a un criterio que distingue entre sociedades personalistas y sociedades de capital. Esta clasificación examina la causa por la que las personas que participan en un contrato de sociedad deciden unirse a otras para la realización de una actividad económica con fin de lucro. Sin duda, la causa última por la que las personas deciden suscribir un contrato de sociedad mercantil, cualquiera que sea el tipo de sociedad que se cree, es la obtención de un beneficio económico. Ahora bien, si nos fijamos en el elemento causal más inmediato a la voluntad de los socios que deciden constituir una sociedad mercantil, podemos afirmar que en las sociedades personalistas sus partícipes tienen especialmente en cuenta las otras personas que participan como socios en la misma, de tal forma que configuran y suscriben el contrato de sociedad considerando especialmente quienes son los otros socios, por lo que la confianza entre los socios es un elemento esencial a la hora de crear una sociedad personalistas. Sin embargo, en el caso de las sociedades de capital, la aportación que cada socio hace a la sociedad -el capital-, es lo esencial y configura la decisión de cada uno a la hora de crear la sociedad o participar en ella.

La anterior clasificación no significa necesariamente que los socios de una sociedad de capital no tengan en cuenta con quien van a asociarse cuando la crean, o que a los socios de una sociedad personalista no les importe lo que otros socios aporten; en ambos casos esos elementos pueden ser también considerados en el momento de crear la sociedad o adquirir la condición de socio, si bien, su régimen jurídico respectivo está configurado, como se verá al desarrollar su estudio, considerando de manera especial cada uno de ellos: con quien se asocian los socios, en las sociedades personalistas, y que aportan, en el caso de las sociedades de capital.

Dentro de las sociedades personalistas podemos distinguir dos tipos: la sociedad colectiva (en abreviatura SC o SRC) y la sociedad comanditaria (en abreviatura SCom). A su vez, dentro de las sociedades de capital podemos distinguir dos tipos principales: la sociedad anónima, también llamada sociedad por acciones (en abreviatura SA), y la sociedad de responsabilidad limitada, también conocida simplemente como sociedad limitada (en abreviatura SRL o SL), y un tercer tipo, de menor importancia, la sociedad comanditaria por acciones (en abreviatura SCom por A.)

-

2. LA SOCIEDAD COLECTIVA

2.1. FUNCIÓN ECONÓMICA DE LA SOCIEDAD COLECTIVA

Desde un punto de vista económico, la sociedad colectiva (SC), o compañía colectiva en la denominación dada por el Código de Comercio, tiene actualmente escasa importancia práctica¹. Sin embargo, a pesar de esa escasa importancia, no conviene desdeñar su estudio, por las siguientes razones:

a) Una primera y fundamental, en tanto que su régimen jurídico es de aplicación a la situación de las sociedades de capital devenidas irregulares, por no haber sido inscritas en el Registro Mercantil (cfr. Tema 3), lo que permite calificar a la SC como sociedad mercantil general (art. 39 del RDLeg 1/2010, de 2 de julio, por la que se aprobó el TR de la Ley de Sociedades de Capital (LSC).

b) Una segunda razón, es debido a que su régimen jurídico es también de aplicación directa, por remisión, a otras situaciones y formas de asociación empresarial; en este sentido mencionamos su aplicación a las Agrupaciones de Interés Económico (AIE). (Art.1 de la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico).

c) Una tercera razón que justifica el estudio de la SC, es que permite conocer mejor todos los tipos de sociedades mercantiles y su régimen jurídico, encuadrándola en el esquema general de las mismas, pudiendo así establecerse elementos de comparación entre los distintos tipos.

En cuanto a las causas por las que la SC ha perdido importancia, se puede destacar la exigencia legal de la obligación de los socios de asumir personalmente las deudas sociales, como se expondrá al examinar su concepto y características. En efecto, si se analiza esta exigencia desde una perspectiva histórica y económica, puede señalarse que la noción de riesgo, inherente a toda actividad empresarial, era menor en otro momento histórico de desarrollo de la economía en el que no era necesario una gran acumulación de capital y por tanto el elemento personal primaba sobre el del capital para el desarrollo de una actividad mercantil. El origen histórico de la sociedad colectiva se encuentra en la Edad Media, en sociedades que explotaban un negocio entre los miembros de la misma familia. Posteriormente se permitió la entrada en la Compañía a otras personas con quienes se tenía confianza, llamándose compañeros a los socios y regulándose por primera vez como compañías generales en distintas Ordenanzas de finales del siglo XVII y principios del XVIII. Hasta principios del siglo XX era la forma mayoritaria para crear una sociedad, si bien a partir de mediados de ese siglo fueron cayendo en desuso. En consecuencia, se puede afirmar que en la medida que con el desarrollo de la economía fue necesaria una mayor acumulación de capital, por exigencia de una nueva realidad económica que demandaba más recursos, la personalidad de los socios fue perdiendo importancia a la hora de asociarse, con la consiguiente caída en desuso de las sociedades colectivas, y advenimiento de las sociedades de capital en las que se incorporó el principio de limitación de responsabilidad por las deudas sociales a las aportación que cada socio realizaba a la sociedad, lo que facilitó la acumulación

¹ El número de sociedades colectivas constituidas en los últimos años es insignificante, si se compara con el de número de sociedades limitadas (SL). En el año 2011 fueron constituidas en España 3 sociedades colectivas, frente a 81.027 SL; en 2012, 11 sociedades colectivas, frente a 84.399 SL; en 2013, 1 sociedad colectiva, frente a 90.373 SL, y en 2014, 10 sociedades colectivas frente a 91.544 SL. Fuente: estadística societaria del Registro mercantil central; www.rmc.es.

de capital.

-

2.2. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LA SOCIEDAD COLECTIVA

La sociedad colectiva es una sociedad mercantil de carácter personalista, en la que todos los socios, en nombre colectivo y bajo una misma denominación o razón social, se comprometen a desarrollar conjuntamente una actividad mercantil, participando en ella con trabajo y/o capital, en la proporción que establezcan, y respondiendo cada socio de manera personal, solidaria, subsidiaria e ilimitada de las deudas sociales. La regulación legal básica de la SC está en el Código de Comercio (CCom), y en el Reglamento del Registro Mercantil (art. 209 a 212 del RD 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (RRM)).

A la vista del concepto indicado, la SC, como prototipo de sociedad personalista, se caracteriza porque prima en ella la personalidad de los socios, hasta el punto que, todos o alguno de ellos, están presentes en la denominación de la sociedad, en su administración y, sobre todo, porque responden personalmente de las deudas de la sociedad.

Esta responsabilidad de los socios (art.127 CCom), se entiende que abarca las obligaciones no cumplidas por la sociedad, tanto las que se derivan de la ley, de los contratos, e incluso las extracontractuales que nacen de la culpa o negligencia. La configuración de esta responsabilidad de los socios se caracteriza, como hemos indicado al exponer el concepto, por lo siguiente:

- La responsabilidad es personal, lo que significa que todos los socios responden individual e ilimitadamente con todos sus bienes presentes y futuros por las deudas de la Sociedad. Esta responsabilidad frente a terceras personas que son acreedores de la sociedad, es imperativa, es decir no puede excluirse por acuerdo entre los socios.

- En cuanto a la responsabilidad subsidiaria, consiste en que los socios son responsables en segundo grado, es decir los socios responderán solo cuando la sociedad colectiva no pueda hacerlo. Así, los socios, antes de responder con sus bienes personales de las deudas no satisfechas por la sociedad, pueden indicar a los acreedores de esta, el dinero, los bienes o derechos que la misma tenga, con los que poder satisfacer la deuda pendiente, excusando de esta forma su responsabilidad.

- Finalmente, la responsabilidad de los socios es solidaria, lo que supone que cada uno responde por la totalidad de las deudas de la sociedad frente a los acreedores de esta, lo que implica una relación de responsabilidad compartida.

-

2.3. CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD COLECTIVA

La constitución de la SC exige la existencia de un contrato de sociedad, que debe formalizarse en escritura pública, es decir ante notario, e inscribirse en el Registro Mercantil. En cuanto a la exigencia de la escritura pública e inscripción registral, se deriva de la exigencia general de estos requisitos formales para todas las sociedades mercantiles (artículo 119 del CCom y 5 del RRM). De esta forma se garantiza la publicidad o posibilidad de conocimiento público a

Tema 1

través de la consulta en el Registro del contrato de sociedad y de sus posteriores modificaciones por cualquier persona interesada en ello. Ahora bien, en la sociedad colectiva estos requisitos de forma, que por lo demás deben ser cumplidos, no tienen efectos constitutivos, lo que significa que si no se cumplen debidamente, ello no impide que la sociedad tenga personalidad jurídica, aunque se la califique como irregular. La consecuencia de la irregularidad de la sociedad colectiva es que los socios pasan a tener responsabilidad directa y no solo subsidiaria o de segundo grado por las deudas de la sociedad y, además, los pactos sociales lícitos que no estén inscritos en el Registro Mercantil, no podrán nunca oponerse frente a terceras personas.

Independientemente de lo indicado acerca de la SC irregular, el doble requisito mencionado: escritura pública e inscripción registral, debe cumplirse y supone que para constituir la sociedad tendrá que superarse un doble control de legalidad, común a la constitución de los distintos tipos de sociedades mercantiles: por una parte el notario, que asesora a los socios e interviene en la redacción del contrato, suscribiéndose este en su presencia, de ahí que se formalice en escritura pública y, por otra, el registrador mercantil, que no solo se limita a registrar la escritura, sino que verifica nuevamente el cumplimiento por esta de los requisitos legales cuando se le presenta para su inscripción y, caso en que encuentre defectos formales o materiales, deniega la misma.

El contenido de la escritura deberá expresar obligatoriamente los siguientes extremos (art. 125 CCom y 209 del RRM):

1. Nombre, apellidos, documento de identificación, y domicilio de los socios.
2. La denominación de la sociedad, también llamada razón social; que deberá ser distinta a la de otras sociedades ya constituidas. En la denominación de la SC se exige que aparezca el nombre de todos o de alguno/s de los socios, añadiendo las palabras «y Compañía».
3. El objeto social, si estuviese determinado.
4. El domicilio social.
5. La fecha de comienzo de las operaciones mercantiles.
6. El capital de la sociedad, con expresión de las aportaciones de cada socio, el valor de las mismas o los criterios para su valoración. Las aportaciones pueden ser en forma de capital y/o trabajo.
7. Los socios que van a gestionar y representar a la sociedad, es decir sus administradores, así como la cantidad que anualmente se va a dar a cada uno para sus gastos por la gestión.
8. La duración de la sociedad, que puede ser indefinida.
9. Cualquier otro pacto lícito que los socios fundadores tengan por conveniente.

La modificación de la escritura de constitución requiere que se realice también en escritura pública y su posterior inscripción en el Registro Mercantil. Como regla general, la modificación exige el consentimiento de todos los socios, salvo pacto en contrario, si bien, caso en que la modificación se refiera a la transmisión del interés del socio en la sociedad o la sustitución de los administradores o gestores se exige el consentimiento de todos de los socios, sin que en estos supuestos sea posible el pacto en contrario (art. 212 RRM).

-

2.4. ESTATUTO JURÍDICO DE LOS SOCIOS

En la SC pueden distinguirse dos tipos de socios colectivos, los socios de capital y los socios de trabajo o industriales. Su diferencia fundamental reside en la aportación que hagan a la sociedad, de tal manera que los socios de capital aportan dinero, bienes, o derechos cuantificables en dinero, y los socios industriales aportan trabajo, si bien, esto último, en un sentido amplio, lo que permitiría una aportación equivalente al trabajo, como por ejemplo el «saber hacer» (know how), o simples conocimientos profesionales o técnicos, que en todo caso deberán concretarse con suficiente precisión en la escritura de constitución. Es posible que haya socios que realicen aportaciones de las dos clases, en cuyo caso pueden tener la cualidad de socios de capital y de trabajo.

El denominado estatuto jurídico de los socios está integrado por las obligaciones y derechos de los mismos, que pasamos a describir en lo que son las reglas generales aplicables a la SC

-

2.4.1. Obligaciones y derechos de los socios

-

2.4.1.1. Obligaciones de los socios

1ª. Realizar la aportación. Como ya hemos visto, el tipo de aportación configura el tipo de socio, y en ello consiste la primera obligación de los mismos.

2ª. Prohibición de competencia (art. 136 a138 CCom). La obligación de no competencia es dispositiva, es decir puede establecerse en la escritura de constitución un régimen distinto al del Código de comercio. De no existir un régimen particular en la escritura, las reglas a aplicar en esta materia son distintas para los socios que aportan solo capital y los que aportan trabajo.

En cuanto a los socios que aportan trabajo o socios industriales, como regla general tienen prohibido realizar cualquier actividad empresarial, salvo que la sociedad expresamente se lo autorice.

En cuanto a los socios de capital, hay que distinguir:

-Si la sociedad tiene un objeto determinado en su escritura, pueden realizar cualquier otra actividad mercantil, siempre que no entre en competencia con la de la sociedad, a no ser, claro está, que se haya pactado otra cosa.

-Si la sociedad no tiene un objeto determinado, es necesaria la autorización de la sociedad, pero esta no puede negarla salvo que justifique que esa actividad del socio perjudica a la sociedad.

3ª. Participar en las pérdidas. Puede determinarse la forma y proporción de participar en las pérdidas en la escritura de constitución de la sociedad. Como regla general, las pérdidas de la sociedad son imputables a los socios de capital en la proporción en la que participan en la misma, excluyendo a los socios industriales. Si bien lo anterior, es posible que por acuerdo se determine que los socios industriales participen también en las pérdidas (art. 141 CCom).

Tema 1

4ª. Responder de las deudas sociales. Como indicamos al describir las características de la sociedad, esa responsabilidad personal es común a todos los socios, sean socios de trabajo o de capital.

5ª. Finalmente en cuanto a las obligaciones de los socios, además de las que acaban de indicarse, estos tienen una obligación que podemos calificar de lealtad genérica cuyo incumplimiento adquiere especial relevancia dado el carácter personalista de la sociedad. En este sentido, los socios deben abstenerse de realizar conductas tales como: utilizar el capital de la sociedad en beneficio propio, realizar funciones de administrador cuando estas estén atribuidas a otros socios, y, en general, actuar en fraude de los intereses sociales o incumplir los compromisos que se derivan de la escritura de constitución.

Respecto de las obligaciones que acaban de enumerarse, debe señalarse que el incumplimiento grave de las mismas puede llevar aparejado la exclusión del socio incumplidor de la sociedad (art. 218 CCom). La exclusión significa la expulsión o cese por sanción del socio incumplidor, y el Código de Comercio la denomina rescisión parcial, en la medida que supone amortizar la participación del socio expulsado, a quien se le liquida su cuota, desvinculándose de la sociedad. Para llevarla a cabo debe acordarse por los demás socios en escritura pública o por resolución judicial, y debe estar inscrita en el Registro Mercantil para que produzca efectos frente a terceras personas (art. 219 y 220 CCom).

-

2.4.1.2. Derechos de los socios

1º. Participar en las ganancias. La participación en las ganancias se puede determinar con libertad en la escritura de constitución. Si no se dice nada en esta, los beneficios se dividirán en proporción a la participación que cada socio tenga en la sociedad, en cuyo caso los socios industriales participan en la misma proporción que el socio de capital que tuviera menor participación (art. 140 CCom).

2º. Separación de la sociedad. El derecho de separación se produce cuando un socio quiere abandonar la sociedad, incluso sin mediar causa que lo justifique cuando esta se haya constituido por tiempo indefinido, o por causa justificada en el caso de sociedades constituidas por tiempo limitado (art. 225 CCom). Este derecho se configura como una posible causa de disolución de la sociedad, supuesto en que no haya una previsión en otro sentido en la escritura de constitución o en que los socios no llegasen a un acuerdo.

3º. Solicitar la disolución de la sociedad. En este caso el socio puede solicitar la denuncia unilateral del contrato de sociedad, a lo que los demás socios no podrán oponerse, a no ser que el que lo solicite actúe de mala fe (art. 224 CCom). Por tanto, el ejercicio de este derecho se configura, al igual que, en última instancia, el de separación, como una posible causa de disolución de la sociedad.

4º. Participar en la cuota de liquidación de la sociedad. En el supuesto de disolución y liquidación de la sociedad, los socios participarán del reparto resultante de la liquidación conforme a lo determinado en la escritura de constitución o, de no decirse otra cosa en esta, en la proporción de su participación.

5º. Derecho de información. Este derecho se concreta en que cualquier socio tiene derecho a examinar el estado de la administración y contabilidad de la sociedad según se haya dispuesto en la escritura de constitución y, supuesto en que se le denegase ese examen, reclamarlo ante

el Juez de lo Mercantil que corresponda al domicilio de la sociedad (art. 133 CCom).

6º. Participar en la administración y gestión de la sociedad. Como luego diremos, salvo pacto en contrario, todos los socios tienen la facultad de gestionar o administrar la sociedad.

7º. Cobrar de la sociedad los gastos que se le produzcan como consecuencia de su actividad en beneficio de esta.

8º. Finalmente y también configurado como un posible derecho, los socios pueden transmitir a otras personas su participación en la sociedad, si bien ateniéndose a lo que a continuación se indica.

-

2.4.2. Adquisición y pérdida de la cualidad de socio

La entrada de un nuevo socio distinto de los que constituyeron la sociedad, por actos *inter vivos*, bien por transmisión mediante venta o donación de la participación en la sociedad de alguno de los socios, o bien por entrada de un nuevo socio mediante una nueva aportación social, requiere el consentimiento de todos los socios, sin que pueda contemplarse el pacto en contrario (arts. 143 LSC y 212.2. RRM).

En cuanto a la transmisión de la participación de algún socio por muerte de este, se puede pactar en la escritura de constitución que sean los herederos del socio fallecido quienes continúen como socios de la sociedad o el procedimiento de transmisión de las participaciones entre los socios sobrevivientes. En otro caso, es decir, de no haberse pactado nada, sería causa de disolución de la sociedad (art. 222.1ª CCom).

-

2.5. LA ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD COLECTIVA

-

2.5.1. Gestión y representación

La administración de las sociedades mercantiles en general tiene un doble ámbito material. Por una parte comprende la facultad de gestionar y dirigir la sociedad, es decir organizar y disponer de los medios materiales, inmateriales y recursos humanos que constituyen la empresa para el desarrollo del objeto social. Por otra parte, la administración también se refiere a la denominada esfera externa de la sociedad mercantil que comprende el ejercicio de la representación de la misma en sus relaciones con terceras personas, en particular actuar y constituir obligaciones en nombre de la sociedad. Ambas facetas, gestión y representación, se ejercen por los administradores en lo que sería el escalón superior de organización de la sociedad mercantil.

En la SC rige el principio de que son los propios socios quienes deben ejercer la función de gestión y representación de la misma. Como regla general, la administración en la SC esta atribuida a todos los socios, salvo que se pacte que la administración la ejercite solo alguno o algunos de ellos (art. 129 CCom).

-

2.5.2. Ámbito material y formal de la administración

El ámbito material o asuntos sobre los que los administradores de la sociedad colectiva pueden actuar, en particular en la función de representación, tiene un contenido típico, que se refiere al conjunto de actos propios del tráfico mercantil de la sociedad y solo limitado por el objeto social que, en su caso, la misma haya determinado en la escritura de constitución.

En cuanto a lo que denominamos ámbito formal, que se refiere a cómo deben actuar los administradores para gestionar y representar a la sociedad colectiva, habrá de estarse a quienes son los socios que administran la misma. En el supuesto del principio general de que fuesen todos los socios quienes ejerciesen la administración, se entiende que todos tienen la facultad de representarla, debiendo los que estén presentes actuar por acuerdo. Ahora bien, como hemos dicho, si en la escritura de constitución se pacta un sistema distinto, habrá que estar al que se establezca, de tal manera que, si la administración se atribuye a algunos socios, pero no a todos, puede hacerse en forma solidaria, en cuyo caso cualquiera de los administradores actuará en nombre de la sociedad sin que sea necesario el concurso de los demás, o en forma mancomunada, en cuyo caso todos los que son administradores deberán actuar conjuntamente.

-

2.6. DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD COLECTIVA

La extinción de la SC o pérdida de su personalidad jurídica se desarrolla, al igual que en las demás sociedades mercantiles, a través de dos fases, llamadas disolución y liquidación. En la primera, es decir la disolución, se constata o se acuerda la causa por la que la sociedad va a terminar su vida, y en la segunda, la liquidación, se procede a las operaciones de enajenación de los activos de la sociedad y extinción de las obligaciones en que consista su pasivo, hasta llegar a la extinción definitiva de la misma. Pasamos a continuación a exponer las causas de disolución de la SC y el procedimiento de liquidación de la misma.

-

2.6.1. Disolución

Respecto de la disolución, las causas de disolución de la SC son las comunes a cualquier sociedad mercantil y, además, tiene algunas causas específicas de disolución.

Como causas comunes de disolución señalamos las siguientes (art. 221 CCom):

1. La finalización del plazo pactado en la escritura de la sociedad.
2. La conclusión de la empresa que constituya el objeto social, cuando este se haya concretado de tal manera que haga imposible su continuación.
3. El concurso de acreedores de la sociedad, si ello supone la apertura de la fase de liquidación.
4. La pérdida del capital social.
5. El acuerdo de los socios.
6. Otras causas pactadas en la escritura de constitución.

Como causas específicas de disolución señalamos las siguientes (art. 222 y 224 CCom):

1. La muerte de uno de los socios, salvo pacto en contrario según ya indicamos al

examinar la adquisición y pérdida de la cualidad de socio.

2. La incapacidad psíquica de un socio administrador, que deberá ser declarada judicialmente.

3. El concurso de acreedores de uno de los socios, si ello supone la apertura de la fase de liquidación.

4. La exigencia de disolución de la sociedad por alguno de los socios, o de separación, de no haber en este caso previsión en la escritura o acuerdo entre los socios, a las que ya nos referimos al examinar los derechos de estos.

En cuanto a la forma de realizar la inscripción de la disolución en el Registro Mercantil, dependerá de su causa. Como regla general será necesaria una escritura pública para su inscripción en la que conste la causa, excepto en los supuestos en que esta deba ser declarada judicialmente, v.gr. apertura de la liquidación en el concurso de acreedores, o incapacidad psíquica de un socio administrador, en cuyo caso será la resolución judicial del Juzgado lo que se inscriba.

-

2.6.2. Liquidación

Una vez que se produce una causa de disolución, la SC debe liquidarse (art. 227 a 237 CCom). Los encargados de liquidar la sociedad son los administradores, que cesan en este cargo y pasan a ser liquidadores, a no ser que en la escritura de constitución se hubiera dispuesto otra cosa. La ejecución de la liquidación consiste en la realización de los bienes y derechos de la sociedad y cumplimiento de las obligaciones pendientes de satisfacer por la misma. En cuanto al procedimiento de la liquidación, se seguirá lo dispuesto en la escritura de constitución, siendo muy exiguas las reglas del Código de Comercio al respecto. En cualquier caso, la ejecución de la liquidación deberá pasar por la formación de un inventario al inicio de la misma que integró los bienes y derechos de la sociedad y, a falta de otra indicación en la escritura, deberá comunicarse mensualmente el estado de la liquidación a los socios. La liquidación concluye con la división y adjudicación a los socios del patrimonio neto resultante una vez cumplidas todas las obligaciones pendientes de satisfacer por la sociedad, realizándose esta división según lo establecido en la escritura de constitución y, a falta de mención, en proporción a la aportación de cada socio.

Finalmente, concluida la liquidación, la SC se extingue con la cancelación de la misma en el Registro Mercantil.

-

3. LA SOCIEDAD COMANDITARIA SIMPLE

-

3.1. FUNCIÓN ECONÓMICA DE LA SOCIEDAD COMANDITARIA

Desde un punto de vista económico, la sociedad comanditaria o comanditaria simple (SCom),

tiene, al igual que la sociedad colectiva, escasa implantación en nuestros días². La causa de que haya caído en desuso, reside en que, a pesar de que convivan en ella socios comanditarios que son socios de capital y, como a continuación veremos, limitan su responsabilidad a la aportación que hagan, la prohibición expresa de que estos participen en la administración de la sociedad la hace poco atractiva, por lo que se opta mayoritariamente por constituir sociedades, como la SL, en las que, además de extenderse a todos los socios el principio de limitación de responsabilidad, son estos quienes decidan con libertad quien o quienes las administran.

El origen histórico de las sociedad comanditaria se encuentra en el contrato medieval llamado de commenda, a través del cual una persona participaba en los negocios de otra aportando bienes o dinero, a cambio de participar en los beneficios que este obtuviese; (el equivalente actual de la commenda puede ser el contrato de cuenta en participación, regulado en los artículos 239 a 243 del CCom). Más próximo en el tiempo, la sociedad comanditaria se desarrolló a finales del siglo XVIII y principios del XIX, con la incorporación de la aportación al capital de la sociedad propiamente dicho, lo que permitió que, sin necesidad de ser comerciante, se participase directamente en la sociedad como socio capitalista (comanditario), pero sin ser gestor del negocio ni exteriorizar su participación en el mismo: no debe olvidarse que en esa época el ejercicio del comercio no era especialmente bien visto en determinados países, por razones de orden ético-religioso hoy superadas.

-

3.2. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LA SOCIEDAD COMANDITARIA

La sociedad comanditaria, es una sociedad mercantil, de carácter personalista, en la que los socios, bajo una misma denominación o razón social, se comprometen a desarrollar conjuntamente una actividad económica, participando en ella, con trabajo y/o capital, y en la proporción que establezcan, y respondiendo unos socios, llamados colectivos, de manera personal, solidaria, subsidiaria e ilimitada de las deudas sociales y, otros socios, llamados comanditarios, solo de manera limitada a la participación que tienen en la sociedad.

A la vista de la anterior definición, la SCom es un tipo de sociedad que aunque se la califica dentro de las personalistas, por primar el elemento personal sobre el capitalista, tiene un aspecto propio de sociedad capitalista, habida cuenta de la existencia de socios comanditarios que se limitan a aportar capital y su responsabilidad es limitada a la aportación que hacen (art. 148 CCom). Lo anterior caracteriza a la SCom, de tal manera que las características predicables para la sociedad colectiva (cfr. 2.2), son aplicables también a esta, en lo que se refiere a los socios colectivos.

Al igual que ocurre en el caso de la Sociedad Colectiva, la regulación legal básica de la Sociedad Comanditaria está en el Código de Comercio y en el Reglamento del Registro Mercantil (art. 145 a 150 CCom y 209 a 212 RRM.).

-

² Bajo esta modalidad social, tan solo se constituyeron en el año 2011, 5 sociedades; en 2012, 6 sociedades; en 2013, 3 sociedades; y en 2014, 6 sociedades. Fuente: estadística societaria del Registro mercantil central; www.rmc.es.

3.3. CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD COMANDITARIA

Como ya dijimos para el resto de las sociedades mercantiles, y expusimos para la sociedad colectiva, la constitución de la SCom, debe hacerse en un contrato mediante escritura pública ante notario e inscribirse en el Registro Mercantil. Quienes se propongan crear una SCom deberán expresar en el contrato las mismas circunstancias que ya vimos para la sociedad colectiva (art. 145 CCom) (cfr. 2.3), y además se exige la indicación de los socios comanditarios, las aportaciones de estos, su valoración, y el régimen de adopción de acuerdos sociales (art. 210 RRM), debiendo expresarse en la denominación o razón social, además del nombre de alguno o algunos de los socios colectivos y las palabras «y Compañía», las de «Sociedad en comandita» (art. 146 CCom).

En cuanto a la modificación de la escritura de constitución de la sociedad comanditaria, requiere que se realice también en escritura pública y su posterior inscripción en el Registro Mercantil, rigiendo para los socios colectivos lo que es de aplicación en la sociedad colectiva, y para los comanditarios deberá estarse a los que se hubiera pactado en la escritura de constitución (art. 212 RRM).

-

3.4. REFERENCIA COMPARADA DE LA SOCIEDAD COMANDITARIA CON LA SOCIEDAD COLECTIVA, EN LO RELATIVO AL ESTATUTO JURÍDICO DE LOS SOCIOS, CAMBIO DE SOCIOS, ADMINISTRACIÓN, DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD

En materia de obligaciones y derechos de los socios, debe señalarse que para los socios colectivos rige lo ya indicado en el caso de la sociedad colectiva (cfr. 2.4.1.).

Respecto de las obligaciones y derechos de los socios comanditarios, les es de aplicación lo dispuesto para los socios colectivos, a salvo las especialidades que se deducen de su especial estatuto, que en última instancia se deriva de su naturaleza como socios de capital y de la limitación de responsabilidad que tienen frente a las deudas sociales, lo que se concreta en lo que a continuación se expone.

Como obligación específica más relevante, está prohibido a los socios comanditarios participar en la administración de los intereses de la sociedad, incluso como simples apoderados de la misma (art. 148 CCom). Tampoco pueden los socios comanditarios incluir su nombre en la denominación o razón social de la sociedad, hasta el punto en que, si así lo hicieran, asumirían de manera personal e ilimitada la responsabilidad por las deudas de la misma (art. 147 CCom). Como regla general los socios comanditarios no tienen la obligación de no hacer la competencia a la sociedad dada su cualidad de socio capitalista que no participa en la administración.

En lo que concierne a los derechos, los socios comanditarios tienen derecho a participar en las ganancias de la sociedad y en la cuota de liquidación de la misma, conforme a lo dispuesto en la escritura de constitución, y si no se dispusiese otra cosa en esta, en la proporción de la participación que cada uno tenga en la sociedad. Asimismo los socios comanditarios tienen derecho a obtener información sobre la marcha de la gestión de la sociedad en los términos pactados en la escritura de constitución (art. 150 CCom), sin que nada impida que en esta esfera interna se fije un ámbito en el que los socios comanditarios puedan participar estableciendo un derecho de consulta respecto de determinadas decisiones que los socios

colectivos puedan tomar.

Finalmente, en materia de cambio de socios y disolución y liquidación de la sociedad comanditaria rige en lo sustancial lo dispuesto para las sociedades colectivas, con las lógicas particularidades de los socios comanditarios en tanto que socios capitalistas.

-

4. LAS SOCIEDADES DE CAPITAL. ASPECTOS GENERALES. DENOMINACIÓN Y OBJETO

-

4.1. CONCEPTO, CARÁCTER MERCANTIL Y PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

Las sociedades de capital son personas jurídicas que tienen carácter mercantil y en las que el capital está dividido en partes alícuotas, respondiendo los socios de manera limitada con la aportación realizada a la sociedad.

El carácter mercantil les está atribuido por razón de la forma, y cualquiera que sea su objeto (art. 2 LSC), es decir todas las sociedades de capital son siempre sociedades mercantiles y, por tanto, son siempre empresarios que están sujetos al estatuto jurídico propio de estos³, no solo en las normas mercantiles propiamente dichas, sino también en las de otro orden: fiscal, penal, laboral o administrativo, en lo que sean de específica aplicación a los empresarios.

La adquisición de la personalidad jurídica de las sociedades de capital exige que el contrato de sociedad se realice en escritura pública ante notario que la autorice y la inscripción en el Registro Mercantil (art. 20 LSC), conforme indicamos para el caso de la sociedad colectiva. En el caso de las sociedades de capital estos requisitos de forma: escritura pública e inscripción registral, se entienden constitutivos y necesarios para el nacimiento pleno de su personalidad jurídica (art. 33 LSC).

-

4.2. CLASES DE SOCIEDADES DE CAPITAL Y DIFERENCIAS BÁSICAS

La LSC señala que son sociedades de capital las sociedades anónimas, las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades comanditarias por acciones (art. 1 LSC).

Conviene en este apartado enmarcar los elementos más relevantes, referidos al capital y a la transmisión de este, que diferencian los dos principales tipos de sociedades de capital: la sociedad anónima (SA) y la sociedad de responsabilidad limitada o sociedad limitada (SRL o SL), dejando para un epígrafe posterior el examen de la sociedad comanditaria por acciones

³ A diferencia de las sociedades civiles, que no tienen carácter mercantil y están sujetas al contrato de sociedad civil, (artículos 1665 y ss. del Código Civil). Por tanto, estas sociedades civiles no están sujetas al estatuto de los empresarios, v. gr. no están sometidos a las normas propias de estos en materia de contabilidad, o fiscales; así, v. gr. están excluidas del pago de impuesto de sociedades (art. 7.1.a) del RD 4/2004, TR de la Ley del Impuesto de Sociedades), y tampoco son inscribibles en el Registro Mercantil (Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2000).

por su carácter residual en la práctica mercantil. Esta descripción marco de las diferencias entre la SA y la SL se hace como simple enunciado diferencial en los aspectos generales indicados, sin perjuicio de la existencia de múltiples diferencias de detalle en su régimen jurídico, que se estudiarán en cada caso en los Temas correspondientes.

a) En primer lugar, mientras que en la SA es un tipo de sociedad más abierta, la SL es una sociedad más cerrada⁴. Cuando hablamos de sociedades abiertas nos referimos a que en estas hay una mayor vocación y facilidad para la entrada de nuevos socios, frente a las sociedades más cerradas en las que hay mayor restricción en esta materia. Esta característica de ser las sociedades anónimas sociedades más abiertas adquiere un relieve especial en la sociedad anónima cotizada a la que luego nos referiremos. La manifestación más relevante de lo que acabamos de indicar, es que el capital en la SA se divide en acciones y en la SL en participaciones sociales, siendo así que, en las acciones el principio general es el de su libre transmisión, mientras que en las participaciones la transmisibilidad está más limitada con la finalidad de dificultarla.

b) En segundo lugar, el capital en la SA tiene una cuantía mínima de 60.000 euros, mientras que en la SL la cuantía mínima es de 3.000 euros (art. 4 LCS), lo que permite afirmar que, en principio, la importancia económica de la actividad mercantil que se desarrolla a través de una SA es mayor que a través de una SL. Debe señalarse al respecto que la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que modifica la LSC, permite que las SL operen con un capital real incluso inferior a la cifra de 3.000 euros, estableciendo un posible procedimiento de formación sucesiva⁵. En efecto, debe señalarse que la Ley 14/ 2013, crea una nueva figura de sociedad, la Sociedad Limitada de Formación Sucesiva (SLFS), que ya no exige dicho capital mínimo aunque su régimen es similar al de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, excepto ciertas obligaciones específicas tendientes a garantizar una adecuada protección de terceros. El objetivo de esta figura es abaratar el coste inicial de constituir una sociedad. Si bien, para garantizar una adecuada protección de terceros, se prevé un régimen especial para este subtipo societario, hasta que la sociedad no alcance voluntariamente el capital social mínimo para la constitución de una Sociedad de Responsabilidad Limitada.

c) En tercer lugar se puede afirmar que mientras que la SA es un tipo de sociedad con un rígido sistema de defensa del capital en el plano formal, como cifra de retención y por tanto de garantía de los derechos de los acreedores, en la SL se sustituye en ocasiones ese sistema por el de la exigencia de responsabilidad, caso en que la aportación del capital no respondiese a la realidad.

-

4.3. REFERENCIA PARTICULAR A LA SOCIEDAD COMANDITARIA POR ACCIONES.

Desde un punto de vista económico, la sociedad comanditaria por acciones (SCom por A.), ha

⁴ En la propia Exposición de motivos de la LSC, se hace referencia a esta clasificación de sociedades abiertas y cerradas.

⁵ Artículo 12 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. BOE núm. 233, de 28 de septiembre de 2013. www.boe.es.

caído prácticamente en desuso en España⁶. Funcionalmente podría pensarse en ellas, por ejemplo, como posibilidad adecuada en empresas familiares que exigen financiación exterior mediante aportación de capital en forma de acciones y quieren reservar la administración a los socios colectivos que se identifican con el núcleo familiar originario.

Dado el carácter residual en la práctica mercantil de este tipo de sociedad de capital, su estudio en este epígrafe se ciñe a lo que la caracteriza, sin dedicarle, por tanto, la mayor atención que requieren las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada. En cuanto a su consideración como sociedades de capital, viene determinada en la propia LSC, (art. 1.1 LSC).

La sociedad comanditaria por acciones es una sociedad mercantil cuyo capital está dividido en acciones, que se integra por las aportaciones de los socios, uno de los cuales, cuando menos, tiene que responder de las deudas sociales como socio colectivo (art. 1.4 LSC). En consecuencia todos sus socios son accionistas, si bien dentro de estos hay socios colectivos (cuando menos uno), y socios comanditarios, a los que nos referimos al examinar la sociedad comanditaria simple. Por tanto, la SCom por A., más que una especie de la sociedad comanditaria simple, se debe entender como una sociedad anónima *sui generis*, más próxima a la SA, en tanto que la diferencia con esta reside fundamentalmente en el estatuto de sus administradores (art. 252 LSC). En efecto, los administradores de la SCom por A. están conceptuados como socios colectivos y responden como tales, es decir de la manera personal e ilimitada que ya vimos al estudiar la sociedad colectiva, en tanto ejercen su cargo. Su separación sin causa justa puede dar lugar a que exijan a la sociedad una indemnización por los daños y perjuicios que la separación les produzca. Por lo demás, los administradores tienen las facultades, derechos y deberes de los administradores en la sociedad anónima (cfr. Tema 5).

-

4.4. DENOMINACIÓN Y OBJETO DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

Examinamos en este epígrafe el régimen jurídico propio de las sociedades de capital, referido a la denominación y al objeto de las mismas.

-

4.4.1. La denominación de las sociedades de capital

El régimen legal de la denominación de las sociedades de capital se encuentra en los artículos 6 y 7 LSC y 398 a 419 RRM.

La denominación de las sociedades de capital puede referirse a un sujeto, a un objeto o estar integrada por una denominación imaginaria, y consistir en letras, números o la combinación de ambos, estando prohibidas las denominaciones contrarias a la ley, al orden público o a las buenas costumbres, así como las denominaciones oficiales o las idénticas a otras sociedades o que induzcan a error con otras ya inscritas. A fin de dar cumplimiento a estos principios, es

⁶ Bajo esta modalidad social, no se constituyeron sociedades en España entre los años 2007 a 2010, en 2011 y 2012 tan solo se constituyeron dos, y en 2013 y 2014 ninguna. Fuente: estadística societaria del Registro mercantil central; www.rmc.es.

Tema 1

necesario en el momento de constituir la sociedad se acredite ante el notario, mediante una certificación negativa del Registro mercantil, que no figura registrada la denominación que se quiere dar a la misma. La expedición de esa certificación garantiza la reserva de uso de la denominación por el solicitante por un plazo de seis meses.

En la denominación deberá figurar el tipo social elegido o, cuando menos, su abreviatura: para la sociedad anónima, SA, para la limitada, SRL o SL, y para la comanditaria por acciones, SCom por A., debiendo también tenerse en cuenta que para esta última deberá figurar en la denominación cuando menos el nombre de uno de los socios colectivos

La denominación aparecerá en los Estatutos de la sociedad, que están incluidos en la escritura de constitución (cfr. Tema 3), y su cambio requerirá una modificación de los mismos (cfr. Tema 6).

-

4.4.2. El objeto de las sociedades de capital

El objeto de las sociedades de capital es una exigencia legal recogida como tal en los artículos 23 b) de la LSC y 178 RRM

El objeto lo constituirá una actividad económica mercantil lícita y, dentro de estas, cabe pensar en cualquiera que consista en la producción, distribución, intermediación o venta de bienes o servicios, en el más amplio sentido de estos términos.

En la redacción del objeto se exige legalmente la determinación precisa y sumaria de las actividades que lo integran. Por tanto, se procurará abarcar en la redacción, las actividades principales, accesorias o auxiliares que comprenda, utilizando términos generales pero suficientemente claros que eviten una redacción excesivamente exhaustiva que sería innecesaria, pero sin emplear formulas generales, tales como: «la realización de cualquier actividad de lícito comercio». La importancia práctica de la determinación del objeto se entiende si se tiene en cuenta que mediante la descripción del objeto en los Estatutos de la sociedad se fija el ámbito material de su actividad mercantil y, por tanto, se delimita también la actuación de sus representantes.

La descripción del objeto aparecerá en los Estatutos de la sociedad, que están incluidos en la escritura de constitución y, al igual que para la denominación, su cambio requerirá una modificación de los mismos.

-

5. SOCIEDADES DE CAPITAL CON UN RÉGIMEN JURÍDICO ESPECIAL

-

5.1. PRELIMINAR

Se examina en los distintos epígrafes que integran el enunciado precedente, tres sociedades mercantiles que presentan algunas características especiales en su régimen jurídico, frente al

Tema 1

régimen jurídico general que para las demás sociedades de capital se expone en los Temas correspondientes. Estas tres sociedades son: la sociedad anónima cotizada, la sociedad con capital público y la sociedad anónima europea. El criterio de selección de estos tres tipos de sociedades mercantiles que son objeto de estudio, atiende a la importancia económica o doctrinal de las mismas. El estudio de estas sociedades se realiza deteniéndose en las peculiaridades más significativas de su régimen jurídico, sin perjuicio de las disposiciones generales y comunes a las sociedades de capital que a todas ellas les son de aplicación. Estas peculiaridades difieren en la estructura de la exposición que haremos para cada una de ellas, dado que las causas por las que tienen un régimen jurídico especial son también distintas. En el caso de la sociedad anónima cotizada su régimen especial obedece a que son sociedades muy abiertas y la personalidad de los accionistas se difumina por la facilidad de transmisión de las acciones en un mercado abierto. En el caso de las sociedades con capital público lo que configura su especialidad tiene que ver con el sujeto que participa en ellas como socio, al ser este un organismo público cuya finalidad debe ser la defensa del interés general y que cuenta por tanto con un estatuto jurídico propio. Finalmente, en el caso de la sociedad anónima europea, la causa de su especialidad obedece al ámbito territorial supranacional en el que estas sociedades desarrollan su actividad.

Debe precisarse que, junto a estos tres tipos de sociedades existen otros instrumentos jurídicos de tipo societario que también pueden estar dentro de la categoría de sociedades especiales. Citamos a continuación algunos de estos, a efectos de su toma de conocimiento.

- Por una parte hay sociedades de base mutualista, que se caracterizan por tener un contenido social y cuya finalidad propia es la de satisfacer determinadas necesidades comunes de los socios, entre las que cabe citar: (i) las sociedades cooperativas (regidas por la Ley 27/1999, de 16 de julio, si bien cada Comunidad Autónoma tiene su propia Ley de cooperativas al tener estas atribuidas las competencias en materia de cooperativas); (ii) las mutuas de seguros y mutualidades de previsión (Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobada por RDLeg 6/2004, de 29 de octubre); (iii) las sociedades de garantía recíproca (Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el régimen jurídico de las sociedades de garantía recíproca, y RD 2345/1996, de 8 de noviembre); y, finalmente, mencionamos en esta categoría (iv) a las sociedades anónimas laborales (Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades laborales) que, aunque no sean propiamente sociedades de base mutualista, se citan aquí por responder también a una finalidad de promoción social de sus socios laborales.

- Por otra parte, además de las sociedades de base mutualista y asimilada, que acabamos de mencionar, hay también otras sociedades mercantiles especiales, entre las que citamos las siguientes:

- La Sociedad limitada nueva empresa (SLNE) (arts. 434 a 454 LSC) Esta es una modalidad de la sociedad de responsabilidad limitada dirigida a determinadas actividades económicas en la que se facilitan los trámites de constitución, y en cuya denominación tienen que aparecer los dos apellidos y el nombre de uno de los socios.

- La Sociedad de profesionales, regidas por la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales). La cual, como su propio nombre indica, está integrada por personas que ejercen en común una actividad profesional para cuyo desempeño se requiere un título universitario oficial.

- La Sociedad anónima deportiva (SAD), regidas por el RD 1251/1999, de 16 de julio sobre sociedades anónimas deportivas, cuyo objeto es la participación en competiciones deportivas profesionales y otras actividades relacionadas con las mismas.

5.2. LA SOCIEDAD ANÓNIMA COTIZADA

Son sociedades anónimas cotizadas las sociedades anónimas cuyas acciones están admitidas a cotización en un mercado secundario oficial de valores, (artículo 495 LSC). Mercado secundario de valores es aquel en el que los propietarios de valores ya emitidos los intercambian con nuevos compradores, habitualmente, en las denominadas Bolsas de Valores⁷.

El régimen jurídico de las sociedades anónimas cotizadas es el propio de las sociedades anónimas en general, sin perjuicio de sus especialidades legales. La regulación legal básica de este tipo de sociedades, se contiene por una parte en la propia LSC, que tiene un Título específico dedicado a ellas (Título XIV LSC), y, por otra parte, en la Ley del Mercado de Valores: Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV). Esta dualidad se explica ya que los aspectos legales eminentemente societarios se regulan en la LSC, y los aspectos legales en su vertiente más financiera y de control en la LMV⁸.

Debe señalarse que en esta materia la LSC ha sufrido desde su promulgación distintas modificaciones, debiendo destacarse por su importancia la última contenida en la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo⁹.

-

5.2.1. Finalidad económica de la cotización de las acciones

Desde un punto de vista económico la admisión a cotización en un mercado de valores de las acciones de una SA, puede suponer una importante vía de obtención de recursos para la misma, es decir financiación, caso en que se opte por una ampliación de capital con desembolso del valor de las acciones, o puede suponer un medio ideal para desinvertir y facilitar liquidez a los accionistas de la sociedad, si se opta por una oferta pública de venta de las acciones ya existentes. Es frecuente que la salida a bolsa de una sociedad anónima suponga la venta de un porcentaje minoritario de sus acciones, de tal forma que no se

⁷ Las Bolsas de Valores en España son los mercados secundarios oficiales destinados a la negociación en exclusiva de las acciones y valores convertibles o que otorguen derecho de adquisición o suscripción (hay bolsas de valores en Madrid, Bilbao, Barcelona y Valencia). En la práctica, los emisores de renta variable acuden a la Bolsa, que opera también como mercado primario, donde formalizan sus ofertas de venta de acciones o ampliaciones de capital. Asimismo, también se contrata en Bolsa la renta fija, tanto deuda pública como privada. La organización y funcionamiento de cada Bolsa depende de su correspondiente Sociedad Rectora. Por último, hay una Sociedad de Bolsas, participada por las cuatro Bolsas, como entidad responsable de la gestión técnica del Sistema de Interconexión Bursátil Español (SIBE).

⁸ A ello hace expresa referencia la Exposición de Motivos de la LSC.

⁹ Se recomienda la lectura de la Exposición de Motivos de la Ley 31/2014, para la mejora del gobierno corporativo. BOE núm. 293, de 4 de diciembre de 2014. www.boe.es.

cuestione el control de la misma.

Además de las ventajas financieras propiamente dichas, la cotización en Bolsa proporciona a la empresa otros beneficios que mejoran su desarrollo, como pueden ser:

- Notoriedad de la sociedad. La cotización en un mercado de valores puede otorgar una imagen y prestigio a estas sociedades anónimas.
- Disponibilidad de una valoración permanente de la sociedad, a través del precio en que cotizan las acciones mediante el juego de la oferta y la demanda en el mercado donde se intercambian.
- Disciplina en la gestión. Propiciada por la mayor exigencia legal, como luego veremos al analizar las especialidades legales de las mismas.
- Liquidez de las acciones, lo que favorece una mayor entrada de accionistas en su capital.

-

5.2.2. Transparencia y supervisión de las sociedades anónimas cotizadas

Como ya indicamos, las sociedades anónimas cotizadas son sociedades cuyo régimen jurídico general es el propio de las sociedades anónimas y a las que por tanto les es de aplicación ese régimen cuyo estudio se realiza detenidamente en los Temas correspondientes. Ahora bien, estas sociedades responden al principio de ser sociedades anónimas de naturaleza especialmente abierta, dado que sus acciones pueden ser transmitidas en un mercado de valores que mediante el juego de la oferta y la demanda puede fijar de manera continuada el precio de las mismas. Además, son sociedades que cuentan con un gran número de accionistas, los cuales tienen una escasa o nula implicación en la actividad y gestión de la sociedad, de tal manera que son los administradores quienes pueden tender a ejercer un control efectivo sobre la sociedad en detrimento de los intereses de aquellos. Por ello la legislación tiende a exigir mecanismos de transparencia y publicidad que permitan el conocimiento por los accionistas y terceros interesados de determinados datos que pueden ser de su interés.

Las circunstancias expuestas hacen que las sociedades anónimas cotizadas estén también sujetas, en determinados aspectos de su régimen jurídico, a un control por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV)¹⁰, que tiene, entre otras funciones, la básica, en la materia que aquí nos interesa, de supervisar e inspeccionar los mercados de valores y la actividad de cuantas personas físicas y jurídicas se relacionan en dichos mercados, entre ellas las propias sociedades cotizadas. Esa función está dirigida a asegurar la transparencia de los mercados de valores, la correcta formación de los precios en los mismos y la protección de los

¹⁰ La CNMV, (www.cnmv.es), está legalmente configurada como un Ente de derecho público con personalidad jurídica propia, que tiene autonomía en el cumplimiento de sus funciones, si bien a determinados efectos orgánicos depende del Ministerio de Economía y competitividad (www.mineco.es). Resaltar que la CNMV conserva su independencia respecto de otros reguladores (Banco de España, Dirección general de Seguros y Comisión Nacional de Mercados y Competencia, (CNMC). Esta última aglutina a otros organismos reguladores que de manera dispersa han venido actuando en distintas actividades económicas que exigen un regulador, dada la singularidad de su objeto o por actuar en mercados monopolísticos u oligopolísticos. Para más información sobre la CNMC: www.cnmc.es.

inversores, (artículo 13 LMV).

Es precisamente en aras de la búsqueda de esa mayor transparencia y protección de los intereses de los accionistas, de los posibles inversores y de las reglas del mercado, por lo que el régimen jurídico de las sociedades anónimas cotizadas contiene especialidades.

-

5.2.3. Régimen jurídico de las sociedades anónimas cotizadas

Describimos a continuación determinadas especialidades que se consideran relevantes en el régimen jurídico de las sociedades anónimas cotizadas, en lo concerniente a cada uno de los enunciados que se indican.

-

5.2.3.1. Especialidades en materia del capital, de las acciones representativas de éste y de las obligaciones emitidas por la Sociedad

Estas especialidades se regulan en los artículos 496 a 511 de la LSC. Respecto de las mismas destacamos las siguientes:

- Las sociedades cotizadas son sociedades anónimas y, en consecuencia, su capital está siempre dividido en acciones. En cuanto a los requisitos para que las acciones sean admitidas a cotización en Bolsa en el mercado primario, nos remitimos por su extensión, a los artículos 25 y ss. LMV; y al RD 1310/2005, de 4 de noviembre por el que se desarrolla la LMV en materia de admisión de negociación de valores en mercados secundarios oficiales.

- Las acciones cotizadas deben ser libremente transmisibles. Por ello, resultan inadmisibles las restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones o de los derechos derivados de aquéllas. Cosa distinta es la posibilidad de que, al margen de los Estatutos de la sociedad, y mediante pactos parasociales, que luego mencionaremos, se puedan acordar restricciones.

- Las acciones tienen que estar representadas por medio de anotaciones en cuenta, (cfr. Tema 4). Estas anotaciones en cuenta deben constar en un registro en el que están identificados en todo momento los accionistas de la sociedad. Este registro lo debe llevar una de las Sociedades de valores que tiene autorización para operar como tales por el Ministerio de economía y competitividad, las cuales tienen además que estar inscritas en la CNMV. Estas Sociedades de valores son un tipo de empresas de servicios de inversión, (empresas autorizadas para realizar actividades relacionadas con los mercados de valores), que deben tener también la forma de SA. (Respecto del concepto y clases de empresas de servicios de inversión, cfr. artículos 62 y 64 de la LMV.)

- La sociedad anónima cotizada tiene derecho a conocer de la entidad que lleve el registro de sus acciones los datos de los accionistas, para poderse comunicarse con ellos. Este mismo derecho lo tienen las asociaciones de accionistas que estén constituidas en la sociedad emisora y que represente al menos el 1% del capital social, así como accionistas que tengan al menos el 3% del capital, exclusivamente a efectos de comunicarse con los accionistas para la defensa

Tema 1

de sus derechos.

- Como regla general, se limitan las acciones propias que puede adquirir la propia sociedad directa o indirectamente (autocartera), cuyo valor nominal no podrá ser superior al 10% del capital suscrito por la sociedad, (artículo 509 LSC).

- Las obligaciones que emita la sociedad cotizada no están sujetas al límite legal máximo, (artículo 510 LSC) y, caso en que sean convertibles en acciones, se puede delegar por la Junta de accionistas en los Administradores esa facultad de emisión y atribuir a estos la posibilidad de excluir el derecho de suscripción preferente, si el interés de la sociedad así lo exige.

- Supuesto de acciones con el privilegio que consista en un derecho a obtener un dividendo preferente, la sociedad debe acordar el reparto del dividendo si hay beneficios distribuibles, sin que los estatutos puedan disponer otra cosa, (artículo 498 LSC); y el régimen legal de ese dividendo preferente será el establecido en la LSC para las acciones sin voto.

- En cuanto a la emisión de acciones rescatables, su importe no podrá ser superior a la cuarta parte del capital social, y deberán estar totalmente desembolsadas en el momento de la suscripción. En el acuerdo de emisión deberán fijarse las condiciones para el ejercicio del derecho de rescate. Caso en que en la emisión de estas acciones se acuerde que el derecho al rescate solo lo pueda ejercitar la sociedad, habrán de transcurrir por lo menos tres años desde la emisión para ejercitarlo, (artículo 500 LSC).

- En materia de suscripción de acciones, se puede delegar por la Junta de accionistas en el Consejo de administración la facultad de aumentar capital, (cfr. Tema 6), y otorgar también a éste la facultad de excluir el derecho de suscripción preferente de los socios, si el interés de la sociedad lo exige, con sujeción al régimen especial de exclusión de ese derecho y delegación de la facultad de excluir, que determinan los artículos 505 a 508 LSC.

-

5.2.3.2. Especialidades referidas a la Junta general de accionistas

La LSC ha incorporado la normativa de la UE sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas en la materia de las Juntas generales de accionistas, reforzando los derechos de estos sobre los que son propios y de aplicación general en cualquier SA (cfr. Tema 5), y estableciendo unos principios que pasamos a describir en lo que son más relevantes. Esta normativa está recogida en los artículos 511 bis a 527 de la LSC, que se introducen por la Ley 25/2011, de 1 de agosto de reforma de la LSC, que incorpora la Directiva 2007/36/CE, de 11 de julio sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas; así como por la Ley 31/2014, ya citada, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo. Respecto de estas especialidades destacamos las siguientes:

Tema 1

- Obligatoriedad de un reglamento que regule el funcionamiento de la junta general de accionistas. Ese reglamento regula todos los aspectos de desarrollo de la misma, con respeto a lo dispuesto en la LSC y en los Estatutos de la sociedad. Este reglamento tiene que comunicarse a la CNMV e inscribirse en el Registro Mercantil.

- Ampliación de las competencias propias de la Junta más allá de las generales establecidas en el artículo 160 de la LSC, a otros ámbitos, a fin de favorecer la transparencia. El detalle de esa ampliación se recoge en el artículo 511 bis LSC.

- Igualdad de trato de todos los accionistas que se hallen en la misma posición, en lo que se refiere a la información, la participación y el ejercicio del derecho de voto en la junta general.

- Reforzamiento del principio de publicidad de la convocatoria de la Junta general ordinaria o extraordinaria. La difusión del anuncio de la convocatoria deberá realizarse, cuando menos, mediante anuncio a través de los siguientes medios: a) Boletín Oficial del Registro Mercantil, o uno de los diarios de mayor circulación en España, b) página web de la CNMV, y c) página web de la sociedad convocante de la Junta, en la cual deberá aparecer también otra información relevante sobre la misma. Respecto del detalle de la información relevante previa a la Junta, está contenido en el artículo 518 LSC.

- Mayor exigencia en el contenido del anuncio de la convocatoria de la Junta y en la información general previa a la Junta, que la que se establece con carácter general para las sociedades anónimas. En cuanto al detalle del contenido del anuncio, se indica en el artículo Artículos 517 LSC.

- Derecho de los accionistas que representen el 3 % del capital social a completar el orden del día de la Junta y a presentar nuevas propuestas de acuerdo.

- Posibilidad de ejercicio del derecho de participación en la Junta y voto a distancia y por medios electrónicos, conforme a lo que dispongan los Estatutos y el reglamento de la Junta.

- Posibilidad de que los accionistas participen y voten en la Junta por medio de representantes. Los representantes de los accionistas tienen un deber de información a los accionistas a quienes vayan a representar caso de existir un conflicto de intereses. Si la representación para asistir a las Junta se hubiere solicitado públicamente por los Administradores a los accionistas, los Administradores no podrán votar en nombre de estos en aquellos asuntos en los que se encuentren en conflicto de intereses.

-

5.2.3.3. Especialidades en materia de administración de la sociedad

Debe señalarse que estas especialidades están recogidas en los artículos 528 y 529 de la LSC, este último integrado por diecinueve subartículos, de los cuales del bis al novecientos han sido incluidos por la Ley 31/2014, para la mejora del Gobierno Corporativo. De estas especialidades destacamos las siguientes:

- El órgano de administración tiene que tener la forma de Consejo de administración, (cfr. Tema 5).

- Obligatoriedad de un reglamento que regule el funcionamiento del Consejo de administración. Este reglamento tiene que comunicarse a la CNMV e inscribirse en el Registro Mercantil.

- Extensión de las facultades indelegables del Consejo de administración, delimitándose estas para reforzar la responsabilidad directa de los miembros del Consejo en las que le son propias por ley. En cuanto al detalle de las facultades indelegables, se contiene en el artículo 529 ter LSC.

- Regulación pormenorizada de los cargos del Consejo de administración, designación y separación, funciones, responsabilidades y duración del cargo, (artículo 529 sexies a 529 undecies LSC).

- Obligatoriedad de que los consejeros asistan a las reuniones del Consejo, sin perjuicio de que puedan delegar su representación en otros consejeros, aunque los consejeros no ejecutivos solo pueden hacerlo en otros no ejecutivos.

- Clasificación de los Consejeros por categorías. Se establecen las siguientes categorías de consejeros:

i. Consejeros ejecutivos. Desempeñan funciones de dirección en la Sociedad o en su Grupo.

ii. Consejeros no ejecutivos. Son los restantes. Estos se dividen a su vez en:

- Consejeros dominicales. Son los que pertenecen al consejo por su participación significativa en el capital de la sociedad, o por su condición de accionistas.

- Consejeros independientes. Son los que pertenecen al Consejo en atención a sus condiciones personales o profesionales, para que desempeñen su función sin verse condicionados por la relación con la Sociedad o su Grupo, sus accionistas significativos o sus directivos. La LSC determina

Tema 1

pormenorizadamente su régimen imperativo de exclusiones e incompatibilidades en el artículo 529 duodécies. 4 LSC).

- Comisiones del Consejo de Administración. La LSC regula las comisiones que obligatoria o facultativamente se pueden constituir en el seno del Consejo de Administración. La LSC exige obligatoriamente que haya una comisión de auditoría y una comisión, o dos comisiones separadas, de nombramientos y retribuciones, con la composición y funciones mínimas que señala, en el artículo 529 quaterdecies, para la de auditoría, y quindecies para la de nombramientos y retribuciones. Cabe resaltar que estas comisiones obligatorias se dirigen a establecer sistemas de autocontrol interno en la Sociedad Anónima cotizada en el ámbito material que a cada una corresponde.

- Remuneración de los Consejeros. El principio general en esta materia es el de que el cargo de consejero de las sociedades cotizadas es retribuido, salvo disposición contraria de los Estatutos. Dentro del sistema de remuneración previsto en los Estatutos de la Sociedad, la LSC determina reglas para favorecer la transparencia en esta materia. Así, se señala que deberá establecerse el importe de la remuneración anual máxima a satisfacer al conjunto de los Consejeros en su condición de tales, sin perjuicio de que luego el Consejo determine la remuneración de cada consejero teniendo en cuenta sus funciones, responsabilidades y demás circunstancias objetivas relevantes. En cuanto a la aprobación de la política de remuneraciones, la LSC establece que dentro de lo que dispongan los Estatutos deberá ser aprobada por la Junta General de accionistas al menos cada tres años como punto separado del orden del día, (artículo 529 novodecies LSC).

- Obligación de veracidad en la información que faciliten. En particular en lo referente a la información económica y financiera pública que den en los folletos para colocar las emisiones que realicen en un mercado de valores. Al respecto debe decirse que el Código Penal español, aprobado por Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, sanciona penalmente el incumplimiento de esa obligación, en su art. 282 bis.

- Obligación de permitir la actuación de los servicios de inspección de la CNMV. El Código Penal español, también sanciona penalmente el incumplimiento de esta obligación en su art. 294.

- Finalmente, debe tenerse en cuenta que corresponde también a los administradores cumplir las obligaciones que tienen las sociedades anónimas cotizadas en materia de contabilidad e información, que les son propias, y que a continuación se indican.

-

5.2.3.4. Especialidades en materia de contabilidad e información societaria

Tema 1

Estas especialidades se regulan en particular en los artículos 536 a 541 de la LSC. De ellas destacamos las siguientes:

- Las cuentas anuales no pueden ser abreviadas, y en la Memoria tienen que especificarse los criterios de valoración adoptados.

- Las cuentas tienen que estar auditadas.

- En el Informe de gestión se tiene que incluir el Informe anual de gobierno corporativo

- Informe anual de gobierno corporativo. Como se ha dicho este informe se incluye en el Informe de gestión de la Sociedad y su contenido y estructura se describen en el artículo 540 de la LSC, redactado conforme a la Ley 31/2014, para la mejora del Gobierno Corporativo, en los mínimos legales imperativos exigidos. La finalidad de este Informe es favorecer la transparencia y publicidad de hechos relevantes de la Sociedad cuyo interés deba ser conocido por accionistas o terceros interesados.

Como datos a destacar del contenido del Informe de gobierno corporativo, cabe señalar los siguientes:

i. La estructura de la propiedad de la sociedad en sus participaciones más significativas, cualquier restricción a la transmisión de valores y al derecho de voto, así como los pactos parasociales de los que hayan tenido conocimiento. Los pactos parasociales son los acuerdos entre accionistas que regulen el ejercicio del derecho de voto en la Junta General, o restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones o de las obligaciones de la sociedad cotizada. Estos pactos tienen que comunicarse a la CNMV y depositarse en el Registro mercantil, y están regulados en los artículos. 530 a 535 LSC.

ii. La estructura del Consejo de administración, indicando la identidad de los administradores, los cargos que estos ocupan, su porcentaje de participación en la sociedad, sus normas de funcionamiento y de sus comisiones, los contratos y operaciones vinculadas con la sociedad, el detalle de sus retribuciones y los pactos con la misma sobre extinción de sus contratos.

- Informe anual sobre remuneraciones de los consejeros. En aras también del principio de transparencia, el artículo 541 de la LSC, redactado conforme a la Ley 31/2014, exige elaborar y publicar un Informe sobre remuneraciones de los consejeros, cuyo contenido debe ser aprobado expresamente por la Junta de accionistas.

- Cuando la sociedad cotizada sea una sociedad anónima europea domiciliada en España que haya optado por el sistema dual (cfr. 5.4.3), junto al informe anual de gobierno corporativo elaborado por la dirección, se acompañará un informe elaborado por el Consejo de control sobre el ejercicio de sus funciones. (artículo 540. 6 LSC).

Tema 1

- Los deberes generales de información tienen que cumplirse por medios técnicos, informáticos o telemáticos, sin perjuicio de que los accionistas puedan solicitar la información impresa. (artículo 539.1 LSC)

- La sociedad tiene que tener una página web para atender el derecho de información y habilitar en ella un Foro electrónico, en el que los accionistas puedan comunicar e intercambiar propuestas para las Juntas de accionistas, lo que estos podrán hacer también a través de la constitución de asociaciones voluntarias que deberán inscribirse en un registro de la CNMV (artículo 539.2 LSC).

- La ley faculta que los accionistas constituyan asociaciones voluntarias para el ejercicio de sus derechos y para que los representen en las Juntas de accionistas. (artículo 539.4 LSC).

-

5.3. LAS SOCIEDADES CON CAPITAL PÚBLICO

-

5.3.1. El Estado como empresario social

La constitución española de 1978 reconoce en el artículo 38 el principio de libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, y en el artículo 128 el principio de iniciativa pública en la actividad económica. Nuestra constitución contiene incluso un principio general de planificación de la economía en su artículo 131.

Esos principios generales de contenido programático enmarcan la posible intervención del Estado como agente económico en el mercado. La concepción de la intervención pública en la economía tuvo que ser readaptada ante la entrada de España en la Comunidad Europea en 1986. A partir de ese momento, el sector público inició una adaptación progresiva al derecho comunitario, cuyos ejes son: la mejora de la gestión y la adaptación a un entorno más competitivo y menos intervencionista que el que había en el régimen anterior a nuestra vigente Constitución.

Desde un punto de vista instrumental, por Ley 5/1996 de 10 de enero, de creación de determinadas entidades de derecho público, se creó la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI), y se suprimió el antiguo Instituto Nacional de Industria (INI) que databa de 1941. La SEPI¹¹ es una Entidad de Derecho Público, que se rige en sus actuaciones por el ordenamiento jurídico privado, civil, mercantil y laboral, sin perjuicio de las materias en las que le es aplicable la Ley General Presupuestaria, estando adscrita, en la estructura orgánica del Estado, al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Como consecuencia de la creación de la SEPI se transmitieron a esta las participaciones que tenía la Administración General del Estado en distintas sociedades mercantiles, y se estableció un objetivo de racionalización y mejora de la gestión de dichas participaciones. Debe precisarse que la SEPI

¹¹ www.sepi.es

aglutina participaciones accionariales de distintas sociedades anónimas participadas por la Administración General del Estado, pero al margen de esta Entidad instrumental, las diferentes Administraciones públicas existentes en España y la Administración General del Estado en particular participan en otras sociedades mercantiles con muy diferente objeto y finalidad.

-

5.3.2. Características y clases de sociedades mercantiles con capital público

El sistema de organización territorial del Estado en España ha permitido que floreciesen sociedades mercantiles de capital, constituidas o participadas por otros órganos distintos a la Administración general del Estado, en particular por las Comunidades autónomas y los Entes locales (Ayuntamientos), cuya naturaleza es igualmente pública.

La figura jurídica cuyo examen aquí interesa es la de la de las sociedades anónimas públicas (SAP), pudiendo distinguirse dentro de estas: sociedades anónimas estatales, sociedades anónimas autonómicas y sociedades anónimas locales, en razón del sujeto que las participa, siendo la característica más común a las mismas la de que son sociedades mercantiles que, adoptando la forma de SA, su capital social está participado mayoritariamente, directa o indirectamente, por una administración pública, organismo o entidad de derecho público. Para las sociedades mercantiles con capital público estatal, el art. 166 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), configura como sociedades mercantiles estatales aquellas en las que la administración del Estado o sus organismos o entes públicos tienen una participación de más del 50% de su capital.

Por su parte, y atendiendo al criterio del porcentaje del capital que posee la Administración u Organismo público en la SAP, pueden distinguirse dos tipos: las sociedades anónimas públicas unipersonales, cuyo capital es íntegramente propiedad de una Administración u organismo público, y las sociedades anónimas mixtas que son aquellas en las que la Administración tiene una participación en su capital, pero no la totalidad del mismo.

Es importante señalar, como característica común a cualquier SAP, que las mismas, a pesar de ser calificadas como públicas, se rigen por las normas de derecho mercantil, civil o laboral en lo que les sea de aplicación, a salvo en las materias presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación en las que les puede ser de aplicación otras normas de derecho público.

-

5.3.3. Régimen jurídico de la sociedad anónima con capital público

La característica de que el accionista de una SA sea una Administración u organismo público, condiciona en algunos aspectos su régimen jurídico, siendo por lo demás de aplicación supletoria a esta el régimen jurídico general de la SA. Por tanto, a continuación mencionamos algunas de las especialidades más destacables de ese régimen jurídico, remitiéndonos por lo demás al general aplicable a la SA.

- *Constitución y modificaciones estructurales.* La formación de la voluntad para crear estas sociedades exige un acuerdo o disposición expresa de la Administración pública que participe en las mismas. En el caso de las SAP estatales, como regla general, será el Consejo de Ministros, sin perjuicio de la intervención de otros organismos en virtud

de autorización, quien tome la decisión de constituir, transformar, fusionar, escindir y extinguir la sociedad (arts. 169 a 172 LPAP). Por su parte, en el caso de sociedades de capital en las que participen las Comunidades autónomas requerirán el acuerdo de los Consejos de Gobierno de las mismas, e incluso, en algún caso, de la Asamblea parlamentaria respectiva. En cuanto a la participación por las administraciones locales en sociedades de capital, cuya finalidad es generalmente la gestión de determinados servicios públicos, será el pleno de la Entidad local quien deba adoptar el acuerdo, previo expediente que acredite la conveniencia y oportunidad de la medida. (Para las SAP locales, cfr. los arts. 85 ter y 86 de la Ley 7/1985 de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, modificada por Ley 57/2003 de medidas para la modernización del gobierno local; y 97, 98 y 103 del RDLeg 781/1986, de 18 de abril que aprobó el Texto Refundido sobre disposiciones en materia de Régimen Local.)

- Denominación. Es posible que estas sociedades puedan añadir a su denominación los adjetivos nacional, estatal, autonómico, provincial, municipal u oficial, cuyo uso no es posible en la denominación de las demás sociedades de capital que no tienen participación mayoritaria de una administración pública (art. 405 RRM).

- Capital social y acciones. En lo que concierne a las SAP estatales, las decisiones sobre enajenación de las acciones corresponden al Ministerio de Hacienda, previa autorización, en su caso, del Consejo de Ministros (arts. 174 y 175 LPAP); otro tanto ocurre respecto de la adquisición de acciones de sociedades mercantiles ya existentes (art. 171 LPAP).

- Órganos sociales. Las sociedades anónimas públicas adoptan el sistema de órganos sociales propio de las demás sociedades anónimas, tanto en las competencias como en la forma (cfr. Tema 5). En cuanto a la participación y acuerdos de la Junta de accionistas de la SAP estatal, y decisiones y acuerdos a adoptar en la misma, y en los Consejos de Administración, debe señalarse que las instrucciones de obligado cumplimiento respecto de la forma de participar y sentido del voto pueden realizarse por el Ministerio de Hacienda, a través de la Dirección general de patrimonio del Estado (arts. 170 y 173 LPAP).

5.4. LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA (SE)

5.4.1. Referencia a la normativa jurídica de la Unión Europea en materia de sociedades mercantiles

La creciente liberalización y apertura de los mercados favorece la internacionalización del tráfico mercantil y consiguientemente las relaciones comerciales entre empresarios sociales constituidos en distintos países y al amparo de diferentes normas de ámbito nacional. Como consecuencia de esa internacionalización existen mercados únicos o áreas de libre comercio transnacional que plantean la conveniencia de que el derecho mercantil ofrezca instrumentos uniformes que permitan dar una respuesta común a la existencia de tales mercados, con independencia de que estos estén integrados por distintos países con diferentes ordenamientos jurídicos. En materia de derecho de sociedades parece deseable que en un mercado único los instrumentos legales de los empresarios para dar forma jurídica a su actividad fuesen comunes, lo que evitaría la dispersión y acrecentaría la seguridad jurídica de cuantos agentes

operan en el mercado, pensemos aquí no solo en los empresarios, cualquiera que sea su forma jurídica, sino también en los consumidores, en los órganos reguladores encargados de vigilar el cumplimiento de las reglas del mercado y, en general, en las administraciones públicas que actúan en los distintos países que integran un mercado único.

La anterior reflexión enmarca la descripción de la situación en el mercado único de la Unión Europea (UE) y respecto de la materia de derecho de sociedades, que cuenta con un acervo normativo, pero sin un desarrollo uniforme (estándar) en profundidad. En este sentido no se puede desconocer que el ordenamiento jurídico comunitario contiene distintas normas que afectan a las sociedades mercantiles, tanto en forma de Reglamento -de aplicación directa en los estados miembros-, como en forma de Directiva -que por su propia naturaleza son normas incompletas que requieren un desarrollo por cada Estado miembro-. Entre estas normas, citamos a título de ejemplo el Reglamento 1606/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativo a la aplicación de las normas internacionales de contabilidad; y entre las Directivas la 2009/102/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único, o la 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas.

A pesar de lo expuesto, se puede afirmar que la UE no cuenta con auténticos instrumentos propios que constituyan una alternativa autónoma, completa y de aplicación común y directa a los distintos tipos de sociedades existentes en cada país miembro. En este sentido, debe señalarse que se vienen promoviendo, sin éxito hasta el momento, y desde distintas instancias, intentos de auténtica uniformización, así citamos el proyecto de crear la denominada Sociedad Privada Europea, como instrumento paneuropeo dirigido a las pequeñas y medianas empresas, que compitiera con las sociedades limitadas nacionales (v.gr. GmbH alemana, Limited británica, o SL española), o los trabajos que se vienen desarrollando desde 2007 en la redacción de un borrador de la llamada European Model Company Act, que persigue la creación de un modelo de sociedad mercantil de adopción voluntaria por los estados miembros.

Conviene también precisar que la dispersión de distintos tipos de sociedades mercantiles en los diferentes países de la UE no supone que no haya un pleno reconocimiento a la personalidad jurídica y capacidad de las mismas como sujetos de derecho en cualquier país miembro del mercado único, aunque se hayan constituido bajo la forma jurídica de otro, e independientemente de donde lleven a cabo su gestión, reconocimiento que está plenamente admitido por el Tribunal Europeo de Justicia¹².

En esta breve referencia a la normativa de la UE en materia de derecho de sociedades, cabe citar, de manera especial, la existencia de instrumentos jurídicos como la denominada Agrupación Europea de Interés Económico Europeo (AEIE), aunque no es propiamente una sociedad, regulada por el Reglamento (CEE) 2137/1985, del Consejo, de 25 de julio; y la Sociedad Cooperativa Europea (SCE), regulada en España, para aquellas SCE que tienen su domicilio en nuestro País, por Ley 3/2011, de 4 de marzo.

Independientemente de esos instrumentos societarios, sin duda, el instrumento de mayor

¹² V. gr. Sentencia de 5 de noviembre de 2002. Caso 208/00. ECR 2002, I,09919. Uberseering BV vs. Nordic Construction Company.

relevancia en el mercado único, en el ámbito del derecho societario es la denominada sociedad anónima europea (SE), cuya regulación legal se contiene en el Reglamento del Consejo (RSE) (CE) núm. 2157/2001, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprobó el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, y Directiva del Consejo 2001/86/CE, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa ese Estatuto en lo referente a la implicación de los trabajadores; y en España por los artículos 455 a 494 LSC.

Para concluir con esta referencia, debe señalarse que la situación en Europa contrasta con la de otros mercados de especial importancia, en los que, por su coincidencia territorial con la existencia de un estado soberano único, aunque sea con un modelo federal, sí han desarrollado en mayor medida instrumentos uniformes que regulan las sociedades mercantiles de capital¹³.

5.4.2. Finalidad económica y modalidades de constitución de la SE

La sociedad anónima europea, es un instrumento jurídico cuyo propósito es facilitar la integración de sociedades mercantiles que operen o vayan a operar en distintos estados miembros de la UE. En consecuencia, como ya se deduce del anterior epígrafe, la SE no es un tipo de sociedad anónima que pueda actuar con sustantividad propia y regulación jurídica autónoma y completa distinta a la que regula la sociedad anónima en cada país miembro de la UE, ya que en cada país donde tenga su domicilio una SE, se aplicará la ley interna en muchos aspectos de su desarrollo normativo.

Las ventajas de una SE en términos económicos pueden ser la reducción de costes por aplicación de economías de escala y adaptación de una estructura administrativa simplificada mediante la fusión de sociedades filiales establecidas en distintos países, que integran un Grupo de empresas, convirtiéndolas así en simples sucursales. Además, en ocasiones, se puede también buscar mediante la constitución de una SE una imagen transnacional que favorezca el conocimiento de la forma jurídica con que opera la sociedad, más allá de la que es propia de un país concreto. Por otra parte, la constitución de una SE puede estar influida por consideraciones de legislación nacional propias del país donde se domicilie y que será por tanto aplicable a la misma, como pueden ser de orden fiscal, laboral o societaria, y, en concreto, la posibilidad de eludir la obligación de tener un sistema dualista de órgano de administración en aquellos países donde es obligatorio (v. gr. caso de Alemania o Austria), y poder así optar por un sistema monista que no requiere un Consejo de Control (cfr. 5.4.3). Finalmente, desde un punto de vista económico, debemos también señalar que la SE no ha

¹³ Por referimos al mercado de EEUU, existen leyes en cada Estado que regulan las sociedades de responsabilidad limitada que suelen utilizar los pequeños empresarios: Limited Liability Company (LLC); pero cuentan también, desde 1996, con una Ley Uniforme (reformada en 2006), que es la Uniform Limited Liability Act. Para las sociedades de mayor tamaño, principalmente las que cotizan en una bolsa de valores (public companies), cuentan con instrumentos legales uniformes como la Model Business Corporation Act, que se actualiza periódicamente, y está desarrollada por la American Bar Association (Colegio de abogados), y los Principles of Corporate Governance, publicados por primera vez en 1994 por el American Law Institute, que son recopilaciones de jurisprudencia (leading cases) y estudios doctrinales que sintetizan la buenas prácticas en materia de gobierno corporativo.

tenido hasta el momento excesiva implantación¹⁴.

Modalidades de constitución de la SE. Exponemos a continuación las distintas modalidades de constitución de la SE, atendiendo no tanto a los pasos a seguir para constituir la misma que en lo básico y para el caso en que esta se constituya y vaya a tener su domicilio en España, se siguen las reglas de la sociedad anónima, y consiguientemente tiene que constituirse en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil (cfr. Tema 3), sino fijándonos más bien en el instrumento jurídico que se utiliza para ello.

La LSC prevé tres formas de constitución de una SE (art. 465 a 475 LSC):

1ª. Por fusión. Estamos aquí ante una fórmula para realizar fusiones de sociedades anónimas de distintos estados miembros de la UE. A través de una fusión de ámbito paneuropeo se trata de utilizar el instrumento de la SE, para unir sociedades, con el objetivo de desarrollar la actividad económica de la sociedad resultante en el mercado único de la UE.

En cuanto al procedimiento de la fusión (cfr. Tema 6), hay que realizar un proyecto de fusión, y depositarlo en el Registro mercantil, sobre el que debe emitirse un informe por expertos independientes nombrados por el Registro Mercantil, y aprobarse en Junta de accionistas. La LSC concede a los accionistas de sociedades españolas, que voten en contra del acuerdo de fusión, el derecho de separación de la sociedad, en aquellos casos en que la fusión implique la constitución de una SE que quede domiciliada en otro estado miembro de la UE distinto a España (art. 468, en relación con los artículos 346 y ss. LSC).

Debe destacarse que, en este caso de creación de una SE por fusión, la LSC establece el derecho de oposición del Gobierno español, a la creación de una SE por fusión de una sociedad anónima española en otro Estado miembro de la UE, cuando ello pueda ir contra el interés público (art. 466 LSC).

2ª. Por creación de un holding. En términos generales, el holding designa una sociedad que agrupa participaciones de otras sociedades. El holding denota por tanto la existencia de un Grupo de sociedades desde el punto de vista mercantil. En la legislación societaria española no se configura el holding como una figura jurídica societaria propia, a salvo la mención que hace la LSC para este caso de creación de una SE por holding (art. 471 a 473 LSC), y más por efecto de la transposición de la legislación de la Unión europea en esta materia que por interés en ofrecer una regulación específica de la figura en sí. Sin embargo, el derecho mercantil español sí tiene una regulación del Grupo de sociedades, aunque mínima, lo que requeriría un desarrollo normativo. En efecto, el Grupo de sociedades está expresamente recogido en la LSC (art. 18 LSC), y viene configurado por la existencia de una sociedad dominante dentro del Grupo, entendiendo por tal la sociedad que tenga o pueda tener directa o indirectamente el control de otra u otras, en los términos que recoge el Código de Comercio al regular la presentación de las cuentas de los Grupos de sociedades¹⁵.

¹⁴ La Comisión europea encargó a Ernst & Young un informe sobre el funcionamiento e impacto del Reglamento de la SE, arrojando el resultado de que al mes de abril de 2009, se habían constituido tan solo 369 Sociedades anónimas europeas.

¹⁵ Art. 42 y ss. CCom (Redactados conforme a la Ley 16/2007, de 4 de julio de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional en base a la normativa de la UE). Estos artículos determinan la existencia de Grupo de sociedades con un criterio vertical, basado en la existencia de una sociedad dominante que controla directa o indirectamente a otra u otras, con arreglo a los requisitos establecidos en los mismos; en cuyo caso se exige la obligación de presentar cuentas consolidadas

En definitiva, a través de la SE, se puede crear un holding que agrupe a sociedades de capital con implantación en la UE, ya sea porque sus domicilios sociales están situados en Estados miembros diferentes, o bien porque cuentan con filiales o sucursales en países distintos de aquel donde se encuentra su domicilio social.

En este caso y en cuanto al procedimiento, debe tenerse en cuenta, que tiene que realizarse un proyecto de constitución y depositarse en el Registro mercantil. El proyecto también debe ser informado por expertos independientes nombrados por dicho Registro, publicarse en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, y aprobarse en Junta de accionistas. La ley también concede el ya mencionado derecho de separación de los socios de las sociedades promotoras del holding que voten en contra de la constitución.

3ª. Por transformación de una sociedad anónima española en una SE. En este caso habrán de tenerse en cuenta las reglas de la transformación de sociedades de capital (cfr. Tema 6), debiendo también redactarse un proyecto de transformación, siendo, por lo demás, de aplicación las reglas sobre depósito y publicidad del proyecto ya indicadas para la creación por holding.

5.4.3. Régimen jurídico de la SE

Como quiera que es de aplicación supletoria a la SE domiciliada en España, el régimen jurídico general de las sociedades de capital, mencionamos a continuación únicamente las especialidades más destacables de esta sociedad, contenidas en el mencionado Reglamento del Consejo (RSE) (CE) núm. 2157/2001, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprobó el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, y en la propia LSC.

- Domicilio. La primera nota característica de la SE es que el domicilio de la misma determina la aplicación de la ley del país en que se halle y su régimen jurídico concreto en cuanto a la constitución y demás aspectos legales de desarrollo (art. 15 RSE). Por tanto, la escritura de constitución seguirá las formalidades del derecho del país en que está domiciliada, siendo así que en nuestro derecho, la inscripción de la SE se hará en el Registro Mercantil español en donde tenga su domicilio, conforme a las reglas generales aplicables a la SA. El mismo Reglamento exige que el domicilio social coincida con el lugar donde se encuentre su administración central, es decir, con su sede real. Podrá cambiarse dicho domicilio dentro de la UE sin tener que disolverse la sociedad. Para el caso español estas reglas están contempladas en la LSC (arts. 458 a 464 LSC).

- Capital social. El capital suscrito no puede ser inferior a 120.000 euros (art. 4 RSE), y estará dividido en acciones, siendo limitada la responsabilidad de los accionistas a su aportación a la misma (art.1 RSE). En cuanto a personalidad jurídica de la SE se adquiere con la inscripción registral (art. 16 RSE).

- Órganos sociales. La característica más destacable de la SE es que permite la elección

de todo el Grupo de sociedades. Este criterio vertical, actualmente vigente, permite mayor certidumbre en las obligaciones legales contables de los Grupos que el que existía con anterioridad y que se basaba en la existencia del Grupo cuando había unidad de dirección, aunque no hubiera una sociedad dominante (criterio horizontal de Grupo).

en los Estatutos de la sociedad, entre los dos sistemas de administración de la sociedades anónimas que conviven en los distintos países de la UE (art. 476 a 491 LSC). Serán los Estatutos de la SE los que determinen la opción a seguir, entre el sistema monista, caracterizado por la existencia de un único órgano de administración, y el sistema dualista caracterizado por la concurrencia de un Consejo de Dirección y un Consejo de Control; el primero de estos equivale al Consejo de Administración de la S.A., y el segundo es un órgano que, además de controlar al Consejo de Dirección, podrá acordar que se sometan a su autorización determinados acuerdos del Consejo de Dirección (art. 489 LSC), siendo sus miembros nombrados por la Junta General de accionistas (art. 486 LSC). En cuanto a la Junta de accionistas, la singularidad más destacable está en la convocatoria de la misma, la cual, en el sistema de administración dualista se hará por el Consejo de Dirección y, si este no lo hiciese, por el Consejo de Control (art. 492 LSC).

-

CASO PRÁCTICO

1º. A la vista de los distintos tipos de sociedades personalistas y capitalistas deberá describirse una actividad mercantil ficticia. Una vez descrita esa actividad mercantil, deberá elegirse un tipo de sociedad mercantil que se considere idóneo para el desarrollo de la actividad y diseñarse la estructura societaria de la misma, exponiendo los aspectos más relevantes de esta, tales como: socios, capital, con indicación de la aportación de cada socio, objeto social, u órgano de administración.

2º. Deberá elegirse una Sociedad de responsabilidad limitada real y obtenerse del Registro mercantil la información básica de la misma, en particular: capital, socios fundadores, domicilio, administradores, apoderados y cuentas de los dos últimos ejercicios sociales. A fin de realizar el ejercicio, deberá obtenerse a través de la página web del Registro mercantil central: www.rmc.es una inscripción temporal que permitirá tener un nombre de usuario y un password, que hará posible solicitar y obtener la información, previo pago de una pequeña cantidad.

3º. Deberá elegirse una sociedad que cotice en el IBEX 35, y examinar detenidamente su página web oficial. Se identificará en dicha página que la Sociedad cumple las exigencias legales de información y publicidad, comentando el lugar, forma y contenido de los datos de la página web en donde se da cumplimiento a esas exigencias legales.

-

BIBLIOGRAFÍA

format:sangrado:fran

Ángel Rojo y Emilio Beltrán (Directores), *Comentario de la Ley de sociedades de capital*, dos tomos, Edit. Thomson Reuters, Civitas, 2011.

format:sangrado:fran

Manuel Olivencia y otros, *Tratado de Derecho Mercantil*, Volumen 7, Edit. Marcial Pons, 2011.

Tema 1

format:sangrado:fran

Carmen Alonso Ledesma, Alberto Alonso Ureba, y Gaudencio Esteban Velasco. (Directores), *La modernización del Derecho de sociedades de capital en España*, dos tomos, Edit. Thomson Reuters, Aranzadi, 2011.

format:sangrado:fran

Alonso Ureba y otros, *Derecho de Sociedades anónimas cotizadas*, dos tomos, Edit. Thomson Reuters, Aranzadi, 2006.

format:sangrado:fran

Fernando Blanco y Francisco Javier Roldán, *Código de Comercio y su jurisprudencia*, Tres tomos, Edit. Dykinson, 1993.

format:sangrado:fran

Aurelio Menéndez, Manuel Olivencia y Rodrigo Uría (Directores), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo XIII, Edit. Civitas, 1992.

format:sangrado:fran

Francisco Vicent Chulia, *Compendio crítico de derecho mercantil*, Tomo I, vol. 2º, Edit. Bosch, 1991.

TEMA 3

Con formato: Español (España)

Las Sociedades de Capital: Constitución

MANUELA SERRANO SÁNCHEZ

Profesora de Derecho Mercantil. Universidad Pontificia Comillas

SUMARIO

1. Fundación simultánea de sociedad anónima y limitada, estatuto de los fundadores, fundación sucesiva y oferta de acciones en mercados de valores, estatuto de los promotores
 - 1.1. Estatuto de los fundadores
 - 1.2. Fundación sucesiva y oferta de acciones en mercado de valores
 - 1.3. Estatuto de los promotores
 2. Constitución: escritura e inscripción y estatutos, sociedad irregular y en formación, nulidad de la sociedad, Causas y efectos de su declaración, Sociedad de hecho, Sociedades unipersonales
 - 2.1. Constitución: escritura e inscripción y estatutos
 - 2.2. Sociedad irregular y en formación
 - 2.3. Nulidad de la sociedad, Cusas y efectos de su declaración
 - 2.4. La sociedad de hecho
 - 2.5. Sociedades unipersonales
 3. Aportaciones y prestaciones accesorias, Tipos de aportación, Control del desembolso dinerario, Saneamiento de aportación en especie: informes y problemas de valoración
 - 3.1. Aportaciones y prestaciones accesorias, Tipos de aportación
 - 3.2. Control del desembolso dinerario
 - 3.3. Saneamiento de aportación en especie: informes y problemas de valoración
 4. Dividendos pasivos, Mora del accionista, Incumplimiento definitivo y modos de exclusión, Responsabilidad del vendedor de acciones no liberadas
 - 4.1. Mora del accionista
 - 4.2. Incumplimiento definitivo y modos de exclusión
 - 4.3. Responsabilidad del vendedor de acciones no liberadas
- Caso práctico
Bibliografía

Con formato: Español (España)

1. FUNDACIÓN SIMULTÁNEA DE SOCIEDAD ANÓNIMA Y LIMITADA, ESTATUTO DE LOS FUNDADORES, FUNDACIÓN SUCESIVA Y OFERTA DE ACCIONES EN MERCADOS DE VALORES, ESTATUTO DE LOS PROMOTORES

El término «fundación» se refiere al proceso de constitución plena de una sociedad, revista ésta la forma jurídica de anónima o de limitada, y engloba la perfección del contrato de sociedad, el otorgamiento de la escritura pública, la creación de las acciones o participaciones, la aportación del capital y la inscripción en el Registro Mercantil.

La fundación puede revestir la forma de simultánea (válida tanto para sociedad anónima como para limitada) o bien la de sucesiva (sólo para sociedades anónimas). Así, la Ley de Sociedades de Capital dispone en el apartado 1 de su artículo 19 que:

«Las sociedades de capital se constituyen por contrato entre dos o más personas o, en caso de sociedades unipersonales, por acto unilateral», en clara referencia a la sucesión

simultánea, mientras que, en su apartado 2 establece que: «Las sociedades anónimas podrán constituirse también en forma sucesiva por suscripción pública de acciones», en relación, en cambio, a la sucesión simultánea.

La fundación simultánea, que es la que aquí nos ocupa, se caracteriza por realizarse en un sólo acto a través de los denominados «fundadores», personas que han de contar con la capacidad general para contratar, la general del Código Civil, que a su vez es la exigida para la contratación mercantil.

Así, la fundación sucesiva se llevará a cabo mediante la suscripción por parte de los fundadores de la totalidad de las acciones o participaciones, llevando a cabo los preceptivos desembolsos que serán al menos del 25% del valor nominal de las acciones (en sociedades anónimas) o de la totalidad de las participaciones (en sociedades limitadas), el otorgamiento de la escritura pública, en la que habrán de incluirse los estatutos sociales, y su inscripción en el Registro Mercantil.

Con formato: Español (España)

1.1. ESTATUTO DE LOS FUNDADORES

En cuanto al estatuto de los fundadores, éste se halla integrado, como no puede ser de otra manera, por obligaciones y derechos.

Son obligaciones de los fundadores: 1) Suscribir la totalidad de las acciones o participaciones en la forma convenida; 2) Desembolsar al menos el 25% de las acciones y, en todo caso, el 100% de las participaciones; 3) Responder de la realidad y corrección de valoración de las aportaciones dinerarias en caso de que existan; 4) Invertir de forma adecuada los fondos destinados a constituir la sociedad; 5) Y, en general, llevar a cabo cuantos actos resulten necesarios para finalizar correctamente el proceso con la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil y su publicación en su Boletín (BORME) en el plazo legalmente establecido para ello.

Por su parte, en cuanto a los derechos de los fundadores, hemos de hacer sin duda referencia a la posibilidad que éstos tienen de reservarse, en las Sociedades Anónimas, en los Estatutos de la sociedad, derechos especiales de contenido económico cuyo valor en conjunto, cualquiera que sea su naturaleza, no podrá exceder del 10% de los beneficios netos obtenidos conforme a balance una vez deducida la cuota destinada a reserva legal, y por un periodo máximo de 10 años (art. 27 LSC). Los estatutos habrán de prever, igualmente, un sistema de liquidación anticipada de estos derechos para el caso de que los fundadores dejen de pertenecer a la sociedad antes de que expire el plazo máximo establecido en estatutos para disfrutar de las ventajas otorgadas en su caso.

Este derecho cuya reserva la ley les otorga se denomina «ventajas de los fundadores» y son susceptibles de transmisión, pudiendo incorporarse incluso a un título nominativo distinto de las acciones. Sin perjuicio de lo anterior, el régimen de transmisibilidad podrá restringirse en los estatutos sociales.

Con formato: Español (España)

1.2. FUNDACIÓN SUCESIVA Y OFERTA DE ACCIONES EN MERCADO DE VALORES

La fundación sucesiva, que a diferencia de la simultánea, se da, como regla general en las sociedades anónimas, no en las limitadas, con las excepciones que a continuación analizaremos; en que además, es un proceso más complejo de constitución plena de una sociedad, que se prevé, también a excepción del supuesto de fundación sucesiva en sociedad limitada, para aquellos casos de constitución de sociedades en los que hay que reunir una gran cantidad de capital proveniente de numerosas personas.

En principio, acudir o no a este tipo de fundación de una sociedad anónima es de carácter voluntario, salvo en aquellos supuestos de promoción pública de acciones o de constitución a través de intermediarios financieros, en cuyo caso, la fundación sucesiva pasa a tener carácter obligatorio (art. 41 LSC). También es obligatorio acudir a la fundación sucesiva en las sociedades limitadas cuando no se alcance la cifra de capital social mínimo, esto es, tres mil euros (art. 4.1; 4.2; 4 bis 1 LSC)

La fundación sucesiva se lleva a cabo a través de los «promotores», a diferencia de la simultánea que se efectuaba a través de los fundadores. Los promotores han de contar, en este caso, con la capacidad propia del empresario, y, al igual que ocurría con los fundadores en la sucesiva, han de llevar a cabo todos los actos necesarios para que la sociedad llegue a inscribirse en el Registro Mercantil y a publicarse en su Boletín (BORME). Sin embargo, en el caso de la fundación sucesiva, como decíamos, este conjunto de actos es bastante más complejo que en la simultánea.

Los pasos a emprender para llevar a cabo la fundación sucesiva por parte de los promotores son los siguientes:

1. Comunicación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores del Proyecto de Emisión de la sociedad anónima a constituir.

2. Redacción del Programa de Fundación con las condiciones que se estimen oportunas por parte de los promotores, y en todo caso, con el siguiente contenido:

a) Nombre, apellidos, nacionalidad y domicilio de los promotores.

b) Texto literal de los estatutos que, en su caso, deban regir la sociedad.

c) Plazo y condiciones para la suscripción de acciones y, en su caso, la entidad o entidades de crédito donde los suscriptores deberán desembolsar la suma de dinero que están obligados a entregar para suscribirlas. Habrá de indicarse igualmente si se concede o no a los promotores la facultad de ampliar el plazo de suscripción para el caso de que fuera necesario.

d) En caso de que se proyecten aportaciones no dinerarias, en una o varias veces, el programa hará mención suficiente de su naturaleza y valor, del momento o momentos en que deban efectuarse y, por último, del nombre o denominación social de los aportantes. En todo caso, se mencionará expresamente el lugar en que estarán a disposición de los suscriptores la memoria explicativa y el informe técnico sobre la valoración de las aportaciones no dinerarias previsto en la Ley de Sociedades de Capital.

e) El Registro Mercantil en el que se efectuó el depósito del programa de fundación y del folleto informativo de la emisión de acciones.

f) El criterio para reducir las suscripciones de acciones en proporción a las efectuadas, cuando el total de aquellas rebase el valor o cuantía del capital, o la posibilidad de constituir la sociedad por el total valor suscrito, sea este superior o inferior al anunciado en el programa de fundación.

Además, el programa de fundación habrá de incluir finalmente un extracto con el resumen de su contenido.

3. Depósito en la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) de:

a) Una copia completa del programa de fundación suscrito por todos los promotores, cuya firma habrá de estar legitimada notarialmente

b) Un informe técnico sobre la viabilidad de la sociedad

c) Documentos que recojan las características de las acciones a emitir y los derechos que se conceden a sus suscriptores.

d) Un folleto informativo redactado conforme a la normativa de la CNMV y suscrito por todos los promotores, y en su caso, por los intermediarios financieros que hubieren de intervenir.

4. Depósito en el Registro Mercantil de:

a) Un ejemplar impreso del programa de fundación.

b) Un ejemplar impreso del folleto informativo.

c) Certificado que acredite el depósito previo en la CNMV.

5. Publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORME) tanto del hecho del depósito como del carácter público que tiene su consulta, así como un extracto del contenido de los documentos.

6. Publicidad adicional: Una vez llevados a cabo estos pasos, se podrá llevar a cabo cualquier publicidad adicional de la sociedad proyectada, habiendo de mencionarse en la misma, las oficinas de la CNMV y del Registro Mercantil donde se han efectuado el depósito del programa de fundación y del folleto informativo, así como de las entidades bancarias donde ha de llevarse a cabo el desembolso de las acciones suscritas.

7. Suscripción y desembolso de acciones: Se suscribirán las acciones sin modificación alguna de lo previsto al respecto en el programa de fundación y en el plazo previsto en el mismo, desembolsando el 25% del valor nominal de cada una a nombre de la sociedad proyectada en la entidad bancaria designada. Si las aportaciones fueran no dinerarias, habrán de llevarse a cabo en la forma prevista en el programa.

8. Formalización de la Lista de Suscriptores: Por parte de los promotores y ante Notario, en el plazo de un mes desde el día en que finalizó el de suscripción. Habrán de indicarse los datos de identificación de los suscriptores, el número de acciones que corresponde a cada uno, su clase y serie, su valor nominal, y la entidad o entidades de crédito donde se encuentren depositados el total de los desembolsos recibidos, aportando justificantes al Notario de todo ello.

9. Redacción del Boletín del Suscriptor: Se redactará un documento denominado Boletín de Suscripción en el que se hará constar la suscripción de acciones mencionando al menos:

- a) La denominación de la futura sociedad.
- b) La referencia la CNMV y al Registro Mercantil donde se han depositado el programa de fundación y el proyecto informativo, así como la indicación del Boletín Oficial del Registro Mercantil donde se haya publicado el extracto.
- c) Nombre y apellidos o razón o denominación social, la nacionalidad y el domicilio del suscriptor.
- d) El número de acciones que suscribe, el valor nominal de cada una, su clase y serie, si existieren varias.
- e) La expresa aceptación por parte del suscriptor del contenido del programa de fundación.
- f) La identificación de la entidad de crédito en la que, en su caso, se verifiquen las suscripciones y se desembolsen los importes mencionados en el boletín de suscripción.
- g) Fecha y firma del suscriptor.

A cada suscriptor se le hará entrega de una copia del boletín de suscriptor, habiendo de quedar un ejemplar en poder de los promotores.

10. Junta constituyente: Habrá de convocarse por parte de los promotores una junta constituyente en el plazo de 6 meses desde el depósito del programa de fundación y del folleto informativo en el Registro Mercantil. La *convocatoria*, que se publicará además en el BORME; se llevará a cabo por medio de carta certificada dirigida a todos los promotores con al menos 15 días de antelación a su celebración. En la junta habrá de deliberarse al menos sobre los siguientes puntos: a) Aprobación de las gestiones realizadas hasta entonces por los promotores; b) Aprobación de los estatutos sociales; c) Aprobación del valor que se haya dado a las aportaciones no dinerarias, si las hubiere; d) Aprobación de los beneficios particulares reservados a los promotores, si los hubiere; e) Nombramiento de las personas encargadas de la administración de la sociedad; y f) Designación de la persona o personas que deberán otorgar la escritura fundacional de la sociedad.

Una vez convocada, el día de su celebración, la junta será presidida por el promotor primer firmante del programa de fundación y, en su ausencia, por aquel que elijan los promotores, actuando como secretario el suscriptor que elijan los asistentes. Para que se entienda la junta válidamente constituida habrán de existir suscriptores, en nombre propio o ajeno, que representen al menos el 50% del total del capital suscrito.

Los acuerdos habrán de adoptarse por al menos una cuarta parte de los suscriptores que representen al menos una cuarta parte del capital suscrito. Cada suscriptor tendrá el derecho de voto que le corresponda proporcionalmente a su aportación. No obstante, se requerirá unanimidad de los suscriptores concurrentes para modificar el programa de fundación.

Finalmente, se extenderá un acta con las condiciones de constitución de la junta, los

acuerdos adoptados y las propuestas formuladas firmada por el Secretario y con el visto bueno del Presidente.

11. Escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil: En el plazo de un mes desde la celebración de la junta, las personas designadas al efecto otorgarán ante notario la escritura pública de constitución de la sociedad y procederán a su presentación, de cara a su inscripción, en el Registro Mercantil del domicilio de la sociedad, en el plazo máximo de dos meses desde el otorgamiento de la escritura. Las personas facultadas por la Junta para llevar a cabo tales actos responderán solidariamente de los daños y perjuicios causados por el retraso en el otorgamiento de la escritura o en su presentación a inscripción en el Registro. Sin perjuicio de lo anterior, si hubiera transcurrido un año desde el depósito en el Registro Mercantil del programa de fundación y del proyecto informativo sin haberse procedido a inscribir la escritura de constitución, los suscriptores podrán reclamar las aportaciones desembolsadas con los frutos que las mismas hubieran producido.

Por otra parte, una vez finalizada la exposición del proceso de fundación sucesiva, siguiendo con el orden de este epígrafe, pasaremos a continuación a hacer una breve referencia a los casos en que se lleva a cabo una oferta de acciones en el Mercado de Valores, que, a diferencia de la regulación que con carácter general se lleva de esta materia en la Ley de Sociedades de Capital, se concibe con carácter obligatorio cuando estamos ante sociedades cotizadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 60 de la Ley 24/1989, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Así, en su Capítulo IV bis, bajo la rúbrica «Oferta Pública de Adquisición», se regulan los supuestos en los que se ha de llevar a cabo obligatoriamente la misma sobre la totalidad de las acciones o valores que, directa o indirectamente, pueda dar derecho a su suscripción o adquisición y dirigida a todos sus titulares a un precio equitativo.

El obligado a llevar a cabo tal oferta pública de adquisición (OPA) será aquel que alcance el control de una sociedad cotizada (i) mediante la adquisición de acciones u otros valores que confieran, directa o indirectamente el derecho a la inscripción o adquisición de acciones con derecho a voto en dicha Sociedad; (ii) mediante pactos parasociales con otros titulares de valores; (iii) o como consecuencia de los demás supuestos análogos que reglamentariamente se establezcan.

Esta obligación se aplica sólo, salvo excepciones, para sociedades con domicilio social en España cuyas acciones estén en todo o en parte admitidas a negociación en un mercado secundario oficial español.

Se entiende que el precio es equitativo cuando, como mínimo, sea igual al precio más elevado que haya pagado el obligado a formular la oferta o las personas que actúen en concierto con él por los mismos valores durante un periodo de tiempo anterior a la oferta determinado reglamentariamente y en los términos que se establezcan. No obstante, la CNMV podrá modificar ese precio en circunstancias excepcionales, habiendo de publicar en su página web la decisión de que la oferta se formule a un precio distinto del equitativo, y motivando en todo caso tal decisión.

Se entiende que una persona física o jurídica tiene individualmente o de forma conjunta con las personas que actúan en concierto con ella, el control de una sociedad cuando: 1) alcance, directa o indirectamente, un porcentaje de derechos de voto igual o superior al 30%; o bien, 2) cuando haya alcanzado una participación inferior y designe un número de consejeros que, unidos, en su caso, a los que ya se hubieran designado, representen más de la mitad de los

miembros del órgano de la administración social.

No obstante, la CNMV dispensará condicionalmente de la obligación de formular la oferta pública de adquisición en el caso de que otra persona o entidad, bien de forma directa, bien de forma indirecta, ostentara un porcentaje de voto igual o superior al del obligado a formular la oferta.

Se entiende que incumple la obligación de formular una oferta pública de adquisición quien no la presente, la presente fuera de plazo o la presente con irregularidades esenciales. La consecuencia de dicho incumplimiento será la imposición al obligado de una serie de sanciones (LMV, Título VIII), así como la privación del ejercicio de los derechos políticos derivados de los valores de la sociedad cotizada cuyo ejercicio les correspondiere en virtud de cualquier título.

Por último, vamos a referirnos a lo que adelantábamos con anterioridad en relación a especificidades sobre requisitos y especialidades, que además de los analizados hasta el momento con carácter general para la fundación sucesiva, han de tenerse en cuenta cuando ésta lo es de una sociedad limitada. Estos requisitos y especialidades son los siguientes:

a) Requisitos especiales de la fundación sucesiva de sociedades limitadas:

Con formato: Español (España)

- ✓ Deberá destinarse a la reserva legal una cifra al menos igual al 20 por ciento del beneficio del ejercicio sin límite de cuantía.
- ✓ Una vez cubiertas las atenciones legales o estatutarias, sólo podrán repartirse dividendos a los socios si el valor del patrimonio neto no es o, a consecuencia del reparto, no resultare inferior al 60 por ciento del capital legal mínimo.
- ✓ La suma anual de las retribuciones satisfechas a los socios y administradores por el desempeño de tales cargos durante esos ejercicios no podrá exceder del 20 por ciento del patrimonio neto del correspondiente ejercicio, sin perjuicio de la retribución que les pueda corresponder como trabajador por cuenta ajena de la sociedad o a través de la prestación de servicios profesionales que la propia sociedad concierte con dichos socios y administradores.

b) Especialidades adicionales de la fundación sucesiva de sociedades limitadas:

Con formato: Español (España)

- ✓ Además, para este caso de fundación sucesiva de sociedad limitada, y en caso de liquidación, voluntaria o forzosa, si el patrimonio de la sociedad fuera insuficiente para atender al pago de sus obligaciones, los socios y los administradores de la sociedad responderán solidariamente del desembolso de la cifra de capital mínimo establecida en la Ley.
- ✓ Por otra parte, no será necesario acreditar la realidad de las aportaciones dinerarias de los socios en la constitución de sociedades de responsabilidad limitada de formación sucesiva. Los fundadores y quienes adquieran alguna de las participaciones asumidas en la constitución responderán solidariamente frente a la sociedad y frente a los acreedores sociales de la realidad de dichas aportaciones.

Con formato: Español (España)

1.3. ESTATUTO DE LOS PROMOTORES

Son obligaciones de los promotores las relativas a la llevanza de todos los actos a que hemos

hecho referencia con anterioridad en cuanto necesarios para llevar a cabo la fundación de la sociedad, proceso que habrá de finalizar con la inscripción de la misma en el Registro Mercantil y su publicación en el BORME.

Por tanto, los promotores estarán obligados a cumplir con las obligaciones asumidas frente a terceros para constituir la sociedad, la cual habrá de reembolsarles todos los gastos en que hubieran incurrido una vez fuera aprobada su gestión por la Junta constituyente. La responsabilidad por su incumplimiento, que será solidaria entre todos los promotores, no podrá ser transferida a los suscriptores salvo cuando hubieran actuado éstos con dolo o culpa.

Igualmente, los promotores responderán solidariamente de la realidad y exactitud de la lista de suscriptores, de la autenticidad del desembolso y de su entrega a la sociedad, y de la inversión de los gastos ocasionados por el proceso fundacional, así como de todas las declaraciones que llevarán a cabo en el programa y en el folleto informativo. Y lo harán frente a todos aquellos a quienes pudiera haber causado algún daño con dichos actos, esto es, frente a la Sociedad y frente a terceros.

El principal derecho de los promotores consistirá en la posibilidad de reservarse las mismas ventajas que los fundadores, que habrán de ser aprobadas, en todo caso, por la junta constituyente (en la que no votarán si tuvieran la doble condición de promotores y suscriptores).

Con formato: Español (España)

2. CONSTITUCIÓN: ESCRITURA E INSCRIPCIÓN Y ESTATUTOS. SOCIEDAD IRREGULAR Y EN FORMACIÓN. NULIDAD DE LA SOCIEDAD. CAUSAS Y EFECTOS DE SU DECLARACIÓN. SOCIEDAD DE HECHO. SOCIEDADES UNIPERSONALES

Si con anterioridad, en el desarrollo del proceso de constitución de sociedades, a través de la fundación simultánea y de la sucesiva, nos referíamos a los actos de otorgamiento de escritura pública y de inscripción en el Registro Mercantil, es ahora cuando vamos a analizar las formalidades de ambos actos así como su contenido.

Con formato: Español (España)

2.1. CONSTITUCIÓN: ESCRITURA E INSCRIPCIÓN Y ESTATUTOS

La escritura de constitución de una sociedad es aquel documento, elevado a público ante notario, en el que las partes incluyen las menciones necesarias para llevar a cabo la correcta constitución de la sociedad, así como los estatutos de la misma. Ha de ser otorgada por todos los socios fundadores, fueran éstos personas físicas o jurídicas. Podrán comparecer ante el notario para otorgar la escritura tanto por sí como por medio de representante, y habrán de asumir la totalidad de las participaciones sociales (en el caso de las SL) o de suscribir la totalidad de las acciones (en el caso de las SA), acreditando el desembolso del 100% del valor nominal de las participaciones (SL) o, en su caso, de, al menos, el 25% del valor nominal de las acciones (SA).

La escritura de constitución ha de tener un contenido mínimo, de conformidad con lo establecido en el artículo 22 LSC, de forma genérica, esto es, con independencia de que la misma sea una sociedad anónima o una sociedad limitada. Este contenido mínimo es el siguiente:

1. La identidad del socio o socios. Se identificará a los socios personas físicas con el nombre, los apellidos, la edad, la profesión, el estado civil, la nacionalidad y el domicilio. Se identificará a los socios personas jurídicas con la denominación social, la nacionalidad y el domicilio social.

2. La voluntad de constituir una sociedad de capital, con elección de un tipo social determinado.

3. Las aportaciones que cada socio realice o, en el caso de las anónimas, se haya obligado a realizar, y la numeración de las participaciones o de las acciones atribuidas a cambio.

Cuando la aportación fuese dineraria, los socios podrán, o bien entregar el dinero al notario autorizante para que él mismo constituya el depósito a nombre de la sociedad, o bien, acreditar ante dicho notario autorizante, mediante certificación, el depósito de las cantidades en una entidad de crédito. En este último caso, el notario dará fe de que se le ha exhibido la precitada certificación y la incorporará a la escritura. A estos efectos, la fecha del depósito no podrá ser anterior en más de dos meses a la de la escritura de constitución o a la del acuerdo de aumento de capital (art. 132 RRM).

En cambio, cuando la aportación fuese no dineraria, se describirán en la escritura los bienes o derechos objeto de la aportación, con indicación de sus datos registrales, si los tuviera, el título o concepto de la aportación así como el valor de cada uno de ellos. Si se tratase de la aportación de una empresa o establecimiento comercial, industrial o de servicios, se describirán, igualmente, en la escritura, los bienes y derechos registrables y se indicará el valor del conjunto o unidad económica objeto de aportación. El informe exigido para el caso de aportaciones no dinerarias se incorporará a la escritura de constitución de la sociedad, depositándose testimonio notarial del mismo en el Registro Mercantil (art. 133 RRM).

4. La identidad de la persona o personas que se encarguen inicialmente de la administración y de la representación de la sociedad.

Para el caso de que la sociedad lo fuera de responsabilidad limitada, la escritura de constitución habrá de contener, además de lo anterior, expresión del modo concreto en que se organice inicialmente la administración siempre y cuando los estatutos prevean diferentes alternativas a la hora de fijar la estructura del órgano de administración.

Para el caso de que la sociedad fuera anónima, la escritura de constitución habrá de contener además del contenido genérico anteriormente analizado, referencia expresa a la cuantía total de los gastos de constitución satisfechos, así como, aunque fuera aproximadamente, la de los gastos previstos hasta la inscripción.

Además, los socios fundadores y promotores podrán incluir, como menciones voluntarias, todos los pactos y condiciones que estimen convenientes siempre que nos sean contrarios a la ley o a la propia configuración de la sociedad anónima.

Así, junto a todas estas menciones necesarias, genéricas (aplicables a sociedades anónimas y

limitadas) y específicas (aplicables sólo a sociedades anónimas o sólo a limitadas), y a las menciones voluntarias, la escritura de constitución habrá de contener igualmente los denominados estatutos sociales.

Los estatutos sociales son el documento donde se hace constar por parte de los socios las normas básicas de funcionamiento interno que rigen una sociedad. Los estatutos son estáticos en el sentido de que son normas con vocación de estabilidad relativa, pero son dinámicos, a su vez, en cuanto, a pesar de su vocación de estabilidad, cuentan con la flexibilidad de poder ser modificados con los requisitos de quórum y consenso de mayorías previstos en la LSC y a los que nos referiremos en el tema 6 de este manual.

El contenido de los estatutos deberá recoger:

1. La denominación de la sociedad. Habrá que acreditar al notario la obtención del certificado de denominación del Registro Mercantil, que no es otra cosa que una certificación que lleva a cabo el Registro Mercantil Central de que la denominación de la sociedad no es idéntica a alguna de las que ya figuran incluidas en la sección de denominaciones del Registro Mercantil Central. Este certificado recogerá la expresión denominativa con la que va a ser identificada la sociedad como sujeto de derechos y obligaciones en todas sus relaciones jurídicas.

2. El objeto social, determinando las actividades que lo integran. Este objeto habrá de ser posible, lícito y determinado. No podrán incluirse en el objeto social los actos jurídicos necesarios para la realización o desarrollo de las actividades indicadas en él. Tampoco podrá incluirse como parte del objeto social la realización de cualesquiera otras actividades de lícito comercio ni emplearse expresiones genéricas de análogo significado (art. 117 RRM).

3. El domicilio social. Éste es un elemento fundamental de toda sociedad pues determina su nacionalidad. Las sociedades de capital fijarán su domicilio, dentro del territorio español, en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación. Además, las sociedades de capital cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro del territorio español deberán tener su domicilio en España.

4. El capital social, las participaciones o las acciones en que se divida, su valor nominal y su numeración correlativa. Si la sociedad fuera de responsabilidad limitada expresará el número de participaciones en que se divida el capital social, el valor nominal de las mismas, su numeración correlativa y, si fueran desiguales, los derechos que cada una atribuya a los socios y la cuantía o la extensión de éstos. Si la sociedad fuera anónima expresará las clases de acciones y las series, en caso de que existieran; la parte del valor nominal pendiente de desembolso, así como la forma y el plazo máximo para satisfacerlo; y si las acciones están representadas por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta. En caso de que se representen por medio de títulos, deberá indicarse si son las acciones nominativas o al portador y si se prevé la emisión de títulos múltiples.

5. El modo o modos de organizar la administración de la sociedad, (administrador único, varios administradores solidarios o mancomunados, o consejo de administración), el número de administradores o, al menos, el número máximo y el mínimo, así como el plazo de duración del cargo y el sistema de retribución, si la

tuvieren. En las sociedades comanditarias por acciones se expresará, además, la identidad de los socios colectivos.

6. El modo de deliberar y adoptar sus acuerdos los órganos colegiados de la sociedad. En los estatutos se deberá respetar los porcentajes exigidos legalmente para deliberar y adoptar acuerdos por parte de los órganos sociales, pero se tomarán como mínimos exigibles, esto es, se podrán establecer porcentajes distintos a los legales siempre que fueran superiores a éstos.

7. Duración de la sociedad. No es un contenido de inclusión obligatoria en los estatutos, ya que en caso de no disponerse en los mismos nada al respecto, se habrá de entender que la sociedad tiene una duración indefinida.

8. Fecha de comienzo de las operaciones sociales.

9. Fecha de cierre del ejercicio social. No es un contenido obligatorio, ya que si no se dispone fecha de cierre alguna específica en los estatutos sociales, se entenderá que es el 31 de diciembre de cada año.

10. Restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones, cuando se hubiesen estipulado.

11. Régimen de prestaciones accesorias en caso de que se pretendan establecer.

12. Derechos especiales de fundadores o promotores si así se reconocen.

13. Cualesquiera otras menciones lícitas que los fundadores o la junta constituyente quieran incluir.

Una vez tenemos otorgada la escritura pública de constitución con el contenido anteriormente expresado, ésta deberá ser presentada, para su inscripción, por parte de los socios fundadores o de los administradores de la sociedad o de quienes hubieran sido apoderados para ello, en el Registro Mercantil del lugar donde radique su domicilio social. De hecho, los socios fundadores y los administradores de la sociedad tendrán las facultades necesarias para la presentación de la escritura de constitución en el Registro Mercantil y, en su caso, en los de la Propiedad y de Bienes Muebles, así como para solicitar o practicar la liquidación y hacer el pago de los impuestos y gastos correspondientes, y no sólo eso, sino que tendrán la obligación de presentar a inscripción en el Registro Mercantil la escritura de constitución en el plazo de dos meses desde la fecha de otorgamiento. En caso de que incumplan dicha obligación habrán de responder solidariamente de los daños y perjuicios causados.

La consecuencia fundamental de la inscripción de la sociedad de capital en el Registro Mercantil es la adquisición de la personalidad jurídica y, por tanto, la posibilidad de actuar como sujeto titular de obligaciones y derechos en el tráfico jurídico, esto es, frente a terceros.

Una vez inscrita la sociedad en el Registro Mercantil, el registrador mercantil remitirá para su publicación al BORME los datos relativos a la escritura de constitución que reglamentariamente se determinen.

★ -----

2.2. SOCIEDAD IRREGULAR Y EN FORMACIÓN

La sociedad proyectada, como hemos visto hasta el momento, ha de cumplir con ciertos actos,

Con formato: Español (España)

pasos y formalidades en su proceso de nacimiento, de constitución. Sin embargo, hay ocasiones en las que la sociedad no llega a nacer porque no se llegan a llevar a cabo todos los actos necesarios para su nacimiento. Es precisamente por ello, que resulta necesario abordar el estudio de qué sucede cuándo la sociedad no llega a tener personalidad jurídica (sociedad irregular) y cuál es el régimen de la sociedad en la fase previa a la adquisición de esa personalidad jurídica (sociedad en formación).

La sociedad irregular es aquella que deviene en aquellos casos en que no existe voluntad por parte de los fundadores o promotores de inscribir la sociedad en el Registro Mercantil, o en aquellos otros en que transcurre un año desde que se otorgó la escritura pública de constitución sin que se haya solicitado siquiera la inscripción de la misma (art. 39 LSC).

El tratamiento que ha de recibir la sociedad irregular no podrá ser otro, por tanto, que la aplicación de las normas de la sociedad colectiva o, en su caso de la sociedad civil, si la sociedad, que estaría hasta el momento de devenir irregular, en formación, hubiera iniciado, o bien, continuado sus operaciones. La consecuencia fundamental de la aplicación de este régimen, por tanto, a la sociedad irregular es que los socios de ésta responderán de forma ilimitada de las deudas sociales, sin llegar, por tanto, a adquirir el régimen de responsabilidad propio de la sociedad capitalista que inicialmente se pretendía constituir.

A mayor abundamiento, cuando la sociedad deviene irregular, cualquier socio tiene derecho a instar la disolución de la sociedad ante el juez de lo mercantil del lugar del domicilio social, así como a exigir, previa liquidación del patrimonio social, la cuota correspondiente, que se satisfará, siempre que sea posible, con la restitución de sus aportaciones (art. 40 LSC).

La sociedad en formación (arts. 36-38 LSC), en cambio, es aquella que se da durante su proceso de fundación con carácter previo a su inscripción en el Registro Mercantil.

En este periodo de tiempo en el que la sociedad aún no ha llegado inscribirse, en efecto, se pueden llevar a cabo actos y contratos celebrados a nombre de ésta-. Sin embargo, hay que distinguir dos supuestos distintos que reciben, igualmente, tratamiento jurídico distinto.

Por una parte, hemos de referirnos al régimen de los actos y contratos realizados por la sociedad en formación que, o bien (i) resultan indispensables para la inscripción de la sociedad, o bien (ii) son realizados por los administradores en ejercicio de las facultades a ellos conferidas por la escritura para la fase anterior a la inscripción o por personas con mandato específico de los socios. En este caso, será la sociedad en formación la que habrá de responder de los mismos con el patrimonio que ésta tuviere. Sólo subsidiariamente, los socios, responderían personalmente, y lo harían además con un límite, que como no puede ser de otra manera, será el límite de lo que se hubieran obligado a aportar. Hay que tener en cuenta a estos efectos que, salvo que la escritura o los estatutos sociales dispongan otra cosa, si la fecha de comienzo de las operaciones coincide con el otorgamiento de la escritura fundacional, se entenderá que los administradores están facultados para el pleno desarrollo del objeto social y para realizar toda clase de actos y contratos. A mayor abundamiento, en estos casos, una vez inscrita la sociedad, quedará ésta obligada por tales actos y contratos, así como por aquellos otros que la sociedad inscrita acepte dentro del plazo de tres meses desde su inscripción.

Por otra parte, hemos de referirnos al régimen de los actos y contratos por la sociedad en formación que no resultan necesarios para la inscripción de la sociedad ni fueron realizados

por administradores o personas con mandato de los socios. En este caso, y a diferencia del anterior, serán aquellos que hubieran realizado tales actos y contratos los que de ellos **habrán de responder solidaria e ilimitadamente.**

En ambos supuestos, cesará la responsabilidad solidaria de socios, administradores y representantes de la sociedad una vez inscrita, si bien, en caso de que el resultado de sumar al valor del patrimonio social, el de los gastos indispensables para la inscripción de la sociedad, resultara inferior a la cifra del capital social, los socios estarán obligados a cubrir la diferencia.

Con formato: Español (España)

2.3. NULIDAD DE LA SOCIEDAD. CUSAS Y EFECTOS DE SU DECLARACIÓN

En algunas ocasiones, a pesar de que la sociedad de capital se ha constituido cumpliendo los requisitos formales para ello, incluso de otorgamiento de escritura e inscripción en el Registro Mercantil, puede haber pasado inadvertido un vicio de tal importancia que la invalida por completo. Es en estos casos, en los que tenemos una sociedad que se ha constituido formalmente pero que es absoluta y radicalmente inválida, en los que nos encontramos ante la institución jurídica de la nulidad de la sociedad.

La nulidad de la sociedad de capital, por las peculiares y especiales características de la misma, no puede regirse únicamente por el régimen general de la nulidad de contratos, por lo que la Ley de Sociedades de Capital regula las causas y efectos de la declaración de la nulidad de la sociedad en sus artículos 56 y 57. No puede predicarse lo mismo respecto a la sociedad no inscrita, que no resulta merecedora de la adquisición de la personalidad jurídica propia de la sociedad de capital, y que habrá de regirse su régimen de nulidad por aquel que el Código Civil prevé de forma genérica para los contratos.

Así, establece la LSC que «una vez inscrita la sociedad», en clara referencia a la distinción que acabamos de llevar a cabo, son *causas de nulidad* de la misma (art. 56 LSC), las siguientes:

1. No haber concurrido en el acto constitutivo la voluntad efectiva de, al menos, dos socios fundadores, en el caso de pluralidad de éstos o del socio fundador cuando se trate de sociedad unipersonal.
2. Incapacidad de todos los socios fundadores.
3. No expresarse en la escritura de constitución las aportaciones de los socios.
4. No expresarse en los estatutos la denominación de la sociedad.
5. No expresarse en los estatutos el objeto social o ser éste ilícito o contrario al orden público.
6. No expresarse en los estatutos la cifra del capital social.
7. No haberse desembolsado íntegramente el capital social en las sociedades de responsabilidad limitada;
8. No haberse realizado el desembolso mínimo exigido por la ley en las sociedades anónimas.

Esta lista de causas de nulidad es una lista cerrada y, por tanto, ninguna otra causa podrá

servir de base para ejercitar acción de nulidad alguna contra una sociedad de capital.

Una vez se aprecie la existencia de una causa de nulidad, cualquier persona podrá instar la acción de nulidad de la sociedad ante el juzgado de lo mercantil del domicilio social de la misma. Esta acción dará lugar a la apertura de un procedimiento judicial que habrá de terminar, en caso de apreciarse la existencia de tal vicio de nulidad, con una sentencia que declare la nulidad de la sociedad. La sentencia habrá de ser inscrita en el Registro Mercantil y publicada en el BORME con el objetivo de dar protección a los terceros mediante la publicidad.

Por tanto, los efectos de la nulidad de la sociedad son los siguientes (art. 57 LSC):

1. Apertura de la liquidación de la sociedad que habrá de seguir el procedimiento previsto en la Ley para los casos de disolución.
2. No afectará a la validez de las obligaciones o de los créditos de la sociedad frente a terceros, ni a la de los contraídos por éstos frente a la sociedad, sometiéndose unas y otros al régimen propio de la liquidación. Éste no es sino un ejemplo más del diferente régimen jurídico de la nulidad de la sociedad con respecto a la nulidad general, ya que, mientras que ésta se trata de una nulidad «ex nunc», la general es una nulidad «ex tunc». Esto es, se consideran válidos los pactos realizados frente a terceros antes de la declaración de nulidad de la sociedad aunque la misma no hubiera debido tener nunca existencia jurídica, y ello para proteger a los terceros de buena fe que con ella pudieran haber contratado en aras de garantizar el principio de seguridad jurídica.
3. En las sociedades de responsabilidad limitada, cuando la sociedad sea declarada nula por no haberse desembolsado íntegramente el capital social, los socios estarán obligados a desembolsar la parte que hubiera quedado pendiente.
4. En las sociedades anónimas, cuando el pago a terceros de las obligaciones contraídas por la sociedad declarada nula así lo exija, los socios estarán obligados a desembolsar la parte que hubiera quedado pendiente.

Con formato: Español (España)

2.4. LA SOCIEDAD DE HECHO

A pesar de que en la doctrina y en la jurisprudencia no parece haber acuerdo sobre el alcance exacto del concepto sociedad de hecho, llegando algún sector doctrinal incluso a identificarla de manera genérica con la sociedad irregular, podemos definirla, en sentido estricto, como aquella que, a diferencia de la sociedad irregular, ha sido constituida de conformidad con las normas formales legalmente establecidas para ello, y actúa en el tráfico jurídico con la apariencia de una sociedad anónima o limitada, estando incluso inscrita en el Registro Mercantil como tal, y ello, pese a que incurre en la misma un vicio de nulidad tal, que otorga el derecho a cualquiera a pedir la declaración judicial de tal nulidad con la consiguiente apertura del procedimiento de liquidación, sin que ello pueda afectar, como decíamos en el epígrafe anterior, a las obligaciones o créditos de la sociedad de hecho frente a terceros, ni a los contraídos por éstos frente a la sociedad (art. 57.2 LSC).

Con formato: Español (España)

2.5. SOCIEDADES UNIPERSONALES

Son sociedades unipersonales aquellas en que la totalidad de su capital social pertenece a un único socio, sea éste persona física, sea éste persona jurídica.

Hay dos clases de sociedades unipersonales, las originarias, que son aquéllas que se constituyen con un único socio, y las sobrevenidas, que son aquéllas que se constituyen con dos o más socios pero que, finalmente, todas las acciones o participaciones, pasan a ser propiedad de un sólo socio (art. 12 LSC).

Las sociedades unipersonales podrán adoptar tanto la forma de sociedades anónimas (SAU) como la de sociedades limitadas (SLU).

En la sociedad unipersonal es especialmente relevante la publicidad de cara a la protección e información de terceros que pudieran contratar con ella en el seno del tráfico jurídico mercantil. Así, tanto la constitución de una sociedad unipersonal (unipersonal originaria), como la declaración de tal situación como consecuencia de haber pasado un único socio a ser propietario de todas las participaciones sociales o de todas las acciones (unipersonalidad sobrevenida), como los casos contrarios, esto es, la pérdida de tal situación o el cambio del socio único como consecuencia de haberse transmitido alguna o todas las participaciones o todas las acciones, se harán constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil. En la inscripción se expresará necesariamente la identidad del socio único.

Hasta tal punto es relevante la publicidad de la situación de unipersonalidad de una sociedad que en caso de adquisición sobrevenida de la misma sin haberla inscrito en el Registro Mercantil, el socio único habrá de responder personal, ilimitada y solidariamente de las deudas sociales contraídas durante el periodo de unipersonalidad.

En cuanto al régimen de los órganos sociales dentro de la sociedad unipersonal, las decisiones del socio único se consignarán en acta, bajo su firma o la de su representante, pudiendo ser ejecutadas y formalizadas por el propio socio o por los administradores de la sociedad. Así, el socio único adoptará sus decisiones en ejercicio de las facultades propias de una junta de socios o accionistas en sociedades limitadas o anónimas no unipersonales.

Por su parte, la sociedad unipersonal podrá adoptar cualquiera de las formas de órgano de administración admitidas en derecho, esto es, un administrador único, varios mancomunados o solidarios o, incluso, un consejo de administración.

La sociedad unipersonal podrá celebrar contratos con el socio único, si bien la sociedad deberá hacerlos constar por escrito o en la forma documental que exija la ley de acuerdo con su naturaleza, y, en todo caso, éstos habrán transcribirse a un libro-registro de la sociedad que habrá de ser legalizado conforme a lo dispuesto para los libros de actas de las sociedades. En la memoria anual se hará referencia expresa e individualizada a estos contratos, con indicación de su naturaleza y condiciones. A mayor abundamiento, si el socio único o incluso si la sociedad fueran declaradas en concurso de acreedores, no serán oponibles estos contratos en cuanto no hubieran sido transcritos al libro-registro y/o no se hallen referenciados en la memoria anual o lo hayan sido en memoria no depositada con arreglo a la ley.

Asimismo, el socio único no deberá obtener ventaja en perjuicio de la sociedad a consecuencia de la celebración de estos contratos. De lo contrario, habrá de responder frente a la propia sociedad, durante el plazo de dos años desde la fecha en que se celebraran, de esas ventajas que directa o indirectamente hubiera obtenido en perjuicio de ésta (art. 16 LSC).

Con formato: Español (España)

3. APORTACIONES Y PRESTACIONES ACCESORIAS. TIPOS DE APORTACIÓN. CONTROL DEL DESEMBOLSO DINERARIO. SANEAMIENTO DE APORTACIÓN EN ESPECIE: INFORMES Y PROBLEMAS DE VALORACIÓN

Con formato: Español (España)

3.1. APORTACIONES Y PRESTACIONES ACCESORIAS. TIPOS DE APORTACIÓN

Se pueden definir las aportaciones como aquella cantidad de dinero o aquellos bienes o derechos susceptibles de valoración económica que los socios entregan a la sociedad a cambio de la participación en un porcentaje del capital social de la misma proporcional al valor de lo aportado.

Se puede hablar de dos tipos de aportaciones, por una parte, de aportaciones dinerarias, y por otra, de aportaciones no dinerarias.

Son aportaciones dinerarias las que, como su propio nombre indica, consisten en entregas de dinero. El artículo 61 de la LSC prevé que las aportaciones dinerarias habrán de establecerse en euros, y si se hicieran en otra moneda, habrá, en todo caso, de determinarse, igualmente, su equivalencia en euros.

Son, en cambio, aportaciones no dinerarias, aquellas aportaciones que consisten en bienes, industria o derechos susceptibles de valoración económica. En este caso, lo más relevante, por encontrarse en ello la mayor dificultad, es determinar un valor real de tales aportaciones que se corresponda con las características de las mismas. Por ello, en la escritura de constitución o de ejecución del aumento de capital social, habrán de describirse los bienes, derechos o industria aportados con todos sus datos, incluso los registrales si los tuvieren, así como la valoración en euros que se les atribuya, y por último, la numeración de las acciones o participaciones asignadas al aportante en retribución o contraprestación de lo aportado.

Así, una vez analizado el concepto y tipos de aportación, pasaremos a abordar el concepto de prestación accesorias, que no puede ser confundido con el primero.

Se entiende por prestaciones accesorias aquellas obligaciones asumidas por socios o accionistas, y que son distintas de las aportaciones. Se consideran también prestaciones accesorias las eventuales cláusulas penales inherentes al incumplimiento de las obligaciones que representan las mismas.

Pueden tener carácter gratuito o retribuido. En el caso de que sean retribuidas los estatutos determinarán la compensación que hayan de recibir los socios que las realicen, compensación cuya cuantía no podrá exceder, en ningún caso, del valor correspondiente a la prestación.

Las prestaciones accesorias tienen carácter estatutario, en tanto en cuanto son los estatutos los que tienen que establecerlas. Así, podrán estar establecidas en los estatutos como obligatorias, bien ligadas a todos o a algunos de los socios, o bien vinculadas no a socios en concreto, sino a la titularidad de una o varias participaciones sociales o acciones concretamente determinadas. A mayor abundamiento, este carácter estatutario en cuanto a su creación, implica que, igualmente, cualquier modificación y/o extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias deberá acordarse con los requisitos previstos para la modificación de los estatutos y requerirá, además, el consentimiento individual de los obligados.

Las participaciones o acciones con prestación accesorias pueden ser transmitidas siendo necesaria la autorización de la sociedad para las transmisiones voluntarias por actos *inter vivos* (art. 88 LSC). La sociedad dará su autorización a la transmisión, salvo disposición contraria de los estatutos, a través de la junta general si la sociedad es limitada, y a través de los administradores si la sociedad fuera anónima. No obstante, si el transmitente hubiera solicitado a la sociedad autorización para llevar a cabo la transmisión, y ésta no hubiera procedido a concederla en el plazo de dos meses desde la solicitud, se entenderá que la misma ha sido autorizada en una suerte de autorización tácita.

Con formato: Español (España)

3.2. CONTROL DEL DESEMBOLSO DINERARIO

El desembolso dinerario se puede definir como el depósito a nombre de la sociedad del valor nominal de cada acción o participación.

En todo caso, el desembolso de aportaciones dinerarias habrá de controlarse en virtud de acreditación ante el Notario autorizante tanto cuando se lleva a cabo con ocasión de la constitución de la sociedad como cuando se lleva a cabo con ocasión de un aumento del capital social de la misma. Esta acreditación, tal y como hemos explicado ya con anterioridad en este tema al explicar la escritura de constitución de la sociedad, habrá de llevarse a cabo, bien mediante certificación de la entidad bancaria donde se ha llevado a cabo el depósito del desembolso de la aportación (cuya vigencia será de dos meses desde la fecha de su emisión), bien mediante entrega al mismo Notario autorizante de la cantidad de dinero de que se trate para que él mismo haga el depósito de dicha aportación a nombre de la sociedad (art. 62 LSC).

Con formato: Español (España)

3.3. SANEAMIENTO DE APORTACIÓN EN ESPECIE: INFORMES Y PROBLEMAS DE VALORACIÓN

En relación a las aportaciones no dinerarias se plantean tres problemas fundamentales ante la dificultad que esta modalidad de aportación puede ofrecer en torno a: 1) El régimen de saneamiento de lo aportado; 2) La realidad y valoración de lo aportado y el régimen de responsabilidad con respecto a la valoración llevada a cabo.

Así, y en primer lugar, con respecto al *régimen de saneamiento* de las aportaciones en especie, haremos de distinguir entre los siguientes supuestos:

- Si la aportación consistiese en bienes muebles o inmuebles o derechos asimilados a ellos: En este caso, el aportante estará obligado a la entrega y saneamiento de la cosa

objeto de la aportación en los términos establecidos por el Código Civil para el contrato de compraventa, y se aplicarán las reglas del Código de Comercio sobre el mismo contrato en materia de transmisión de riesgos (art. 64 LSC).

- Si la aportación consistiere en un derecho de crédito: En este supuesto, el aportante responderá de la legitimidad de éste y de la solvencia del deudor (art. 65 LSC).

- Si se aportase una empresa o establecimiento: En cuyo caso, el aportante quedará obligado al saneamiento de su conjunto, siempre y cuando el vicio o la evicción afectasen a la totalidad o a alguno de los elementos esenciales para su normal explotación. Igualmente, procederá el saneamiento individualizado de aquellos elementos de la empresa aportada que sean de importancia por su valor patrimonial (art. 66 LSC).

En segundo lugar, y con respecto a la realidad y valoración de las aportaciones no dinerarias, la LSC distingue entre las obligaciones que al respecto vinculan a la sociedad anónima de las relativas a la sociedad limitada.

Así, en el caso de la sociedad anónima, la LSC obliga a que se lleve a cabo un informe por parte de uno o varios expertos independientes, con competencia profesional, que han de ser designados por el registrador mercantil del domicilio social (art. 67 LSC).

Este informe habrá de contener la descripción de lo aportado con datos registrales si existieren, así como su valoración, indicando cuáles han sido los criterios utilizados para llegar a dicho resultado, y si se corresponde con el valor nominal, y, en su caso, con la prima de emisión de las acciones emitidas como contrapartida de lo aportado. El valor que se dé a la aportación en la escritura social no podrá ser superior a la valoración realizada por los expertos.

Como resulta lógico, el experto que ha realizado la valoración habrá de responder frente a la sociedad, en el plazo de cuatro años desde la emisión de su informe, frente a los accionistas y los acreedores, de los daños causados por la valoración, y quedará exonerado si acredita que ha aplicado la diligencia y los estándares propios de la actuación que le haya sido encomendada (art. 68 LSC).

A pesar de lo expuesto, hay excepciones en las que el informe del experto no será necesario. Estas excepciones, previstas en el artículo 69 de la LSC, son las siguientes:

El informe del experto no será necesario en los siguientes casos:

a) Cuando la aportación no dineraria consista en valores mobiliarios que coticen en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado o en instrumentos del mercado monetario. Estos bienes se valorarán al precio medio ponderado al que hubieran sido negociados en uno o varios mercados regulados en el último trimestre anterior a la fecha de la realización efectiva de la aportación, de acuerdo con la certificación emitida por la sociedad rectora del mercado secundario oficial o del mercado regulado de que se trate.

Si ese precio se hubiera visto afectado por circunstancias excepcionales que hubieran podido modificar significativamente el valor de los bienes en la fecha efectiva de la aportación, los administradores de la sociedad deberán solicitar el nombramiento de experto independiente para que emita informe.

b) Cuando la aportación consista en bienes distintos de los señalados en la letra anterior cuyo valor razonable se hubiera determinado, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la realización efectiva de la aportación, por experto independiente con competencia profesional no designado por las partes, de conformidad con los principios y las normas de valoración generalmente reconocidos para esos bienes.

Si concurrieran nuevas circunstancias que pudieran modificar significativamente el valor razonable de los bienes a la fecha de la aportación, los administradores de la sociedad deberán solicitar el nombramiento de experto independiente para que emita informe.

En este caso, si los administradores no hubieran solicitado el nombramiento de experto debiendo hacerlo, el accionista o los accionistas que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social, el día en que se adopte el acuerdo de aumento del capital, podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un experto para que se efectúe la valoración de los activos. La solicitud podrán hacerla hasta el día de la realización efectiva de la aportación, siempre que en el momento de presentarla continúen representando al menos el cinco por ciento del capital social.

c) Cuando en la constitución de una nueva sociedad por fusión o escisión se haya elaborado un informe por experto independiente sobre el proyecto de fusión o escisión.

d) Cuando el aumento del capital social se realice con la finalidad de entregar las nuevas acciones o participaciones sociales a los socios de la sociedad absorbida o escindida y se hubiera elaborado un informe de experto independiente sobre el proyecto de fusión o escisión.

e) Cuando el aumento del capital social se realice con la finalidad de entregar las nuevas acciones a los accionistas de la sociedad que sea objeto de una oferta pública de adquisición de acciones.

No obstante, cuando las aportaciones no dinerarias se efectuaran sin informe de expertos independientes designados por el Registro Mercantil, los administradores serán los encargados de elaborar un informe en el que se detalle:

- La descripción de la aportación.

- El valor de la aportación, el origen de esa valoración y, cuando proceda, el método seguido para determinarla.

- Si la aportación hubiera consistido en valores mobiliarios cotizados en mercado secundario oficial o del mercado regulado de que se trate o en instrumentos del mercado monetario, se unirá al informe la certificación emitida por su sociedad rectora.

- Una declaración en la que se precise si el valor obtenido corresponde, como mínimo, al número y al valor nominal y, en su caso, a la prima de emisión de las acciones emitidas como contrapartida.

- Una declaración en la que se indique que no han aparecido circunstancias

nuevas que puedan afectar a la valoración inicial.

Una copia del informe del experto o, en su caso, del informe de los administradores deberá depositarse en el Registro Mercantil y se incorporará como anexo a la escritura de constitución de la sociedad o a la de ejecución del aumento del capital social.

Los fundadores responderán solidariamente frente a la sociedad, los accionistas y los terceros de la realidad de las aportaciones sociales y de la valoración de las no dinerarias. La responsabilidad de los fundadores alcanzará incluso a las personas por cuya cuenta hayan obrado éstos (art. 77 LSC).

Sin embargo, en relación a la sociedad limitada, los responsables de la realidad de las aportaciones, así como del valor dado a las mismas en la escritura de constitución o de aumento de capital, serán los fundadores, los que ostentaran la condición de socio en el momento de acordarse el aumento de capital y aquellos que adquieran una participación desembolsada mediante aportaciones no dinerarias, y todos ellos, lo harán solidariamente, tanto frente a la sociedad como frente a los acreedores sociales.

Esta responsabilidad alcanzará también a las personas por cuya cuenta obraran los fundadores, pero no a los socios que hubieran hecho constar, en el caso de un aumento de capital social, su oposición al acuerdo o a la valoración atribuida a la aportación.

En caso de aumento del capital social con cargo a aportaciones no dinerarias, además de las personas a que se refiere el apartado primero, también responderán solidariamente los administradores por la diferencia entre la valoración que hubiesen realizado y el valor real de las aportaciones (art. 73 LSC).

No obstante lo anterior, es decir, el régimen legal de valoración de aportaciones no dinerarias en la sociedad limitada, los socios podrán optar por someter sus aportaciones no dinerarias a valoración pericial, en lugar de la de los administradores, en cuyo caso, quedarán excluidos de la antedicha responsabilidad.

En cualquier caso, la acción para exigir la responsabilidad deberá ser ejercitada por los administradores o por los liquidadores de la sociedad sin necesidad de acuerdo social al respecto. Esta acción podrá ser ejercida además, por cualquier socio que hubiera votado en contra del acuerdo siempre que represente, al menos, el cinco por ciento de la cifra del capital social y por cualquier acreedor en caso de insolvencia de la sociedad. La responsabilidad frente a la sociedad y frente a los acreedores sociales a que se refiere esta sección prescribirá a los cinco años a contar del momento en que se hubiera realizado la aportación (arts. 74-75 LSC).

4. DIVIDENDOS PASIVOS. MORA DEL ACCIONISTA. INCUMPLIMIENTO DEFINITIVO Y MODOS DE EXCLUSIÓN. RESPONSABILIDAD DEL VENDEDOR DE ACCIONES NO LIBERADAS

Como sabemos, las participaciones y las acciones han de estar asumidas y suscritas, respectivamente, al 100% del valor nominal de cada una de ellas en el momento de constituir

Con formato: Español (España)

la sociedad, así como en casos de aumento de capital en el momento de la ejecución de éste. Sin embargo, el régimen del desembolso difiere en la sociedad anónima con respecto a la sociedad limitada.

Así, mientras que en la sociedad limitada, las participaciones han de estar desembolsadas íntegramente, esto es, en el 100% del valor nominal de cada una de ellas, en cambio, en la sociedad anónima basta con que se haya desembolsado, al menos, una cuarta parte del valor nominal de cada una de las acciones que integran su capital social en el momento de constituir la sociedad o en el de ejecutar el aumento de capital social.

Por tanto, se pueden definir los *dividendos pasivos* como aquel porcentaje del valor nominal de las acciones de una sociedad anónima que no ha sido desembolsado al tiempo de constituir la sociedad o, en su caso, de ejecutar un aumento de capital social. En realidad, se trata de las aportaciones pendientes de llevar a cabo por parte de los accionistas para desembolsar por completo las acciones suscritas.

Cuando en una sociedad anónima se lleve a cabo un desembolso parcial de las acciones suscritas, o lo que es lo mismo, cuando existen dividendos pasivos al tiempo de constituir una sociedad o ejecutar un aumento del capital social de la misma, el accionista deberá aportar a la sociedad la porción de capital que hubiera quedado pendiente de desembolso en la forma y dentro del plazo previsto por los estatutos sociales. La exigencia del pago de los desembolsos pendientes se notificará a los afectados o se anunciará en el BORME. Entre la fecha del envío de la comunicación o la del anuncio y la fecha del pago deberá mediar, al menos, el plazo de un mes.

En todo caso, la escritura de constitución o la escritura de aumento de capital social deberá expresar el plazo en que habrá de desembolsarse el resto del valor nominal de las acciones que se halle pendiente de desembolso. Igualmente, deberá determinar si los desembolsos futuros se van a efectuar con aportaciones dinerarias, o con nuevas aportaciones no dinerarias.

En el caso de que los desembolsos futuros se fueran a llevar a cabo con aportaciones no dinerarias, habrá de preverse adicionalmente la naturaleza, valor y contenido de estas aportaciones, así como la forma, el procedimiento y el plazo para efectuar el desembolso que, en este caso, esto es, para aportaciones no dinerarias, no podrá exceder de 5 años desde la constitución de la sociedad o la ejecución del aumento de capital social. El informe del experto o, en su caso, el informe de los administradores se incorporará como anejo a la escritura en la que conste la realización de los desembolsos aplazados (art. 80 LSC).

★-----
4.1. MORA DEL ACCIONISTA

La *mora del accionista* es la situación en que se encuentra éste cuando no abone los dividendos pasivos una vez vencido el plazo que se hubiera establecido para el pago de dicha porción de capital no desembolsado (art. 82 LSC).

Los efectos de la mora del accionista son los siguientes:

a) Con respecto a los *derechos políticos*, el accionista moroso:

1. No podrá ejercitar su derecho de voto, debiendo ser deducido el importe de sus acciones del capital social para determinar el cómputo del quórum en la junta general de accionistas.

Con formato: Español (España)

2. No podrá ejercer el derecho a impugnar los acuerdos sociales en caso de que fueran anulables. En cambio, sí podrá impugnar los acuerdos sociales cuando fueran nulos.

b) Con respecto a los *derechos económicos*, el accionista moroso:

1. No podrá percibir dividendos (no se le suprime el derecho, sólo se le suspende y podrán ser compensados con la cuantía adeudada en concepto de dividendos pasivos reduciendo así la cuantía por desembolsar).

2. No podrá ejercer el derecho a la suscripción preferente de nuevas acciones ni de obligaciones convertibles.

3. Una vez abonado el importe de los desembolsos pendientes junto con los intereses adeudados podrá el accionista reclamar el pago de los dividendos no prescritos, pero no podrá reclamar la suscripción preferente, si el plazo para su ejercicio ya hubiere transcurrido.

Con formato: Español (España)

4.2. INCUMPLIMIENTO DEFINITIVO Y MODOS DE EXCLUSIÓN

La sociedad podrá llevar a cabo diversas actuaciones en relación al accionista moroso. Así, la sociedad podrá, según los casos y atendida la naturaleza de la aportación no efectuada, reclamar el cumplimiento de la obligación de desembolso, con abono del interés legal y de los daños y perjuicios causados por la morosidad o enajenar las acciones por cuenta y riesgo del socio moroso.

La sociedad podrá, igualmente, ante el *incumplimiento definitivo* de la obligación de desembolso en plazo de los dividendos pasivos, proceder a la venta de las acciones. En este caso, la enajenación se verificará por medio de un miembro del mercado secundario oficial en el que estuvieran admitidas a negociación, o por medio de fedatario público en otro caso, y llevará consigo la sustitución del título originario, que será destruido, por un duplicado.

Como última alternativa, si la venta no pudiese efectuarse, la acción será amortizada, con la consiguiente reducción del capital, quedando en beneficio de la sociedad las cantidades ya desembolsadas.

Con formato: Español (España)

4.3. RESPONSABILIDAD DEL VENDEDOR DE ACCIONES NO LIBERADAS

Por último, vamos a abordar, dentro de este epígrafe, el alcance y contenido de la *responsabilidad del vendedor de acciones no liberadas*.

Así, aquel que adquiere acciones no liberadas, va a responder solidariamente con todos los transmitentes que le precedan y a elección de los administradores de la sociedad, del pago de la parte no desembolsada. El adquirente que pague, podrá, no obstante, reclamar la totalidad de lo pagado de los adquirentes posteriores.

Esta responsabilidad tendrá una duración de tres años desde la fecha en que se llevara a cabo la transmisión de que se trate.

Cualquier pacto que pudiera llevar a cabo en relación a excluir o modificar el régimen de responsabilidad solidaria legalmente establecido será nulo (art. 85 LSC).

CASO PRÁCTICO

Dos amigos y tú habéis tenido una buena idea sobre una oportunidad de negocio que entendéis que hoy en día podría tener una buena acogida en la sociedad, y estáis animados a iniciar una actividad empresarial para desarrollarla.

Los conocimientos que estáis adquiriendo a través de la asignatura de Derecho Mercantil que en la actualidad estáis cursando, os han ayudado a tomar la decisión de que lo mejor para vosotros es constituir una sociedad anónima.

Para ello, debéis emprender una serie de pasos, y adoptar un conjunto de decisiones que habréis de documentar debidamente.

El objetivo de este caso es que desarrolléis toda la documentación que estimáis sería necesaria para constituir la sociedad que estáis ilusionados en crear para poder desarrollar en el tráfico jurídico la actividad mercantil que habéis ideado.

BIBLIOGRAFÍA

AA VV, *Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1995.

DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Fundación de la sociedad anónima*, SEI, Madrid, 1990.

ENCISO ALONSO-MONTAÑER, M., «La responsabilidad de los fundadores como gestores del proceso fundacional», *Revista Derecho de Sociedades* (núm. 25, 2005), Aranzadi, Pamplona, 2005.

GARRIGUES, J., «Fundación de la sociedad anónima», *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 1, vol. I, enero-febrero), 1946.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., «Fundación de la sociedad anónima: Nulidad de la Sociedad», *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Civitas, Madrid, 1995.

LARGO GIL, R., «Las fusiones simplificadas y aportaciones de valores mobiliarios cotizados», *Revista de Derecho de Sociedades* (núm. 5, 2006-1), Aranzadi, Pamplona, 2006.

RUIZ DE VELASCO, A., *Manual de Derecho Mercantil*, Publicaciones Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2005.

TEMA 2

Sociedades Mercantiles Personalistas y de Capital. Sociedades Mercantiles con Régimen Jurídico Especial

RAFAEL BUDI HURTADO

Profesor de Derecho Mercantil. Universidad Pontificia Comillas

SUMARIO

- 1.- sociedades mercantiles personalistas y de capital
 - 2.- La sociedad colectiva
 - 2.1.- Función económica de la sociedad colectiva
 - 2.2.- Concepto y características de la sociedad colectiva
 - 2.3.- Constitución de la sociedad colectiva
 - 2.4.- Estatuto jurídico de los socios
 - 2.4.1.- Obligaciones y derechos de los socios
 - 2.4.1.1.- Obligaciones de los socios
 - 2.4.1.2.- Derechos de los socios
 - 2.4.2.- Adquisición y pérdida de la cualidad de socio
 - 2.5.- La administración de la sociedad colectiva
 - 2.5.1.- Gestión y representación
 - 2.5.2.- Ámbito material y formal de la administración
 - 2.6.- Disolución y liquidación de la sociedad colectiva
 - 2.6.1.- Disolución
 - 2.6.2.- Liquidación
 - 3.- La sociedad comanditaria simple
 - 3.1.- Función económica de la sociedad comanditaria
 - 3.2.- Concepto y características de la sociedad comanditaria
 - 3.3.- Constitución de la sociedad comanditaria
 - 3.4.- Referencia comparada de la sociedad comanditaria con la sociedad colectiva, en lo relativo al Estatuto jurídico de los socios, cambio de socios, administración, disolución y liquidación de la sociedad.
 - 4.- Las sociedades de capital. Aspectos generales. Denominación y objeto
 - 4.1.- Concepto, carácter mercantil y personalidad jurídica de las sociedades de capital
 - 4.2.- Clases de sociedades de capital y diferencias básicas
 - 4.3.- Referencia particular a la sociedad comanditaria por acciones.
 - 4.4.- Denominación y objeto de las sociedades de capital
 - 4.4.1.- La denominación de las sociedades de capital

- 4.4.2. El objeto de las sociedades de capital
- 5. Sociedades de capital con un régimen jurídico especial
 - 5.1. Preliminar
 - 5.2. La sociedad anónima cotizada
 - 5.2.1. Finalidad económica de la cotización de las acciones.
 - 5.2.2. Transparencia y supervisión de las sociedades anónimas cotizadas.
 - 5.2.3. Régimen jurídico de las sociedades anónimas cotizadas
 - 5.2.3.1. Especialidades en materia del capital, de las acciones representativas de éste y de las obligaciones emitidas por la Sociedad (art. 496 a 508 LSC)
 - 5.2.3.2. Especialidades referidas a la Junta general de accionistas
 - 5.2.3.3. Especialidades en materia de administración de la sociedad
 - 5.2.3.4. Especialidades en materia de contabilidad e información:
 - 5.3. Las sociedades con capital público
 - 5.3.1. El Estado como empresario social
 - 5.3.2. Características y clases de sociedades mercantiles con capital público
 - 5.3.3. Régimen jurídico de la sociedad anónima con capital público
 - 5.4. La sociedad anónima europea (SE)
 - 5.4.1. Referencia a la normativa jurídica de la Unión Europea en materia de sociedades mercantiles
 - 5.4.2. Finalidad económica y modalidades de constitución de la SE
 - 5.4.3. Régimen jurídico de la SE

Caso práctico

Bibliografía

-

1. SOCIEDADES MERCANTILES PERSONALISTAS Y DE CAPITAL

El empresario social o sociedad mercantil puede ser clasificado atendiendo a un criterio que distingue entre sociedades personalistas y sociedades de capital. Esta clasificación examina la causa por la que las personas que participan en un contrato de sociedad deciden unirse a otras para la realización de una actividad económica con fin de lucro. Sin duda, la causa última por la que las personas deciden suscribir un contrato de sociedad mercantil, cualquiera que sea el tipo de sociedad que se cree, es la obtención de un beneficio económico. Ahora bien, si nos fijamos en el elemento causal más inmediato a la voluntad de los socios que deciden constituir una sociedad mercantil, podemos afirmar que en las sociedades personalistas sus partícipes tienen especialmente en cuenta las otras personas que participan como socios en la misma, de tal forma que configuran y suscriben el contrato de sociedad considerando especialmente quienes son los otros socios, por lo que la confianza entre los socios es un elemento esencial a la hora de crear una sociedad personalistas. Sin embargo, en el caso de las sociedades de capital, la aportación que cada socio hace a la sociedad –el capital–, es lo esencial y configura la decisión de cada uno a la hora de crear la sociedad o participar en ella.

La anterior clasificación no significa necesariamente que los socios de una sociedad de capital no tengan en cuenta con quien van a asociarse cuando la crean, o que a los socios de una sociedad personalista no les importe lo que otros socios aporten; en ambos casos esos elementos pueden ser también considerados en el momento de crear la sociedad o adquirir la condición de socio, si bien, su régimen jurídico respectivo está configurado, como se verá al desarrollar su estudio, considerando de manera especial cada uno de ellos: con quien se asocian los socios, en las sociedades personalistas, y que aportan, en el caso de las sociedades de capital.

Dentro de las sociedades personalistas podemos distinguir dos tipos: la sociedad colectiva (en abreviatura SC o SRC) y la sociedad comanditaria (en abreviatura SCom). A su vez, dentro de las sociedades de capital podemos distinguir dos tipos principales: la sociedad anónima, también llamada sociedad por acciones (en abreviatura SA), y la sociedad de responsabilidad limitada, también conocida simplemente como sociedad limitada (en abreviatura SRL o SL), y un tercer tipo, de menor importancia, la sociedad comanditaria por acciones (en abreviatura SCom por A.)

2. LA SOCIEDAD COLECTIVA

2.1. FUNCIÓN ECONÓMICA DE LA SOCIEDAD COLECTIVA

Desde un punto de vista económico, la sociedad colectiva (SC), o compañía colectiva en la denominación dada por el Código de Comercio, tiene actualmente escasa importancia práctica⁴⁾. Sin embargo, a pesar de esa escasa importancia, no conviene desdeñar su estudio, por las siguientes razones:

4)

El número de sociedades colectivas constituidas en los últimos años es insignificante, si se compara con el de número de sociedades limitadas (SL). En el año 2009 fueron constituidas en España 7 sociedades colectivas, frente a 74.333 SL; en 2010, 5 sociedades colectivas, frente a 75.885 SL; y en 2011, 3 sociedades colectivas, frente a 81.027 SL. Fuente: estadística societaria del Registro mercantil central; www.rmc.es.

a) Una primera y fundamental, en tanto que su régimen jurídico es de aplicación a la situación de las sociedades de capital devenidas irregulares, por no haber sido inscritas en el Registro Mercantil (cfr. Tema 3), lo que permite calificar a la SC como sociedad mercantil general (art. 39 del RDLeg 1/2010, de 2 de julio, por la que se aprobó el TR de la Ley de Sociedades de Capital (LSC).

b) Una segunda razón, es debido a que su régimen jurídico es también de aplicación directa, por remisión, a otras situaciones y formas de asociación empresarial; en este sentido mencionamos su aplicación a las Agrupaciones de Interés Económico (AIE). (Art. 1 de la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico)

c) Una tercera razón que justifica el estudio de la SC, es que permite conocer mejor todos los tipos de sociedades mercantiles y su régimen jurídico, encuadrándola en el esquema general de las mismas, pudiendo así establecerse elementos de comparación entre los distintos tipos.

En cuanto a las causas por las que la SC ha perdido importancia, se puede destacar la exigencia legal de la obligación de los socios de asumir personalmente las deudas sociales, como se expondrá al examinar su concepto y características. En efecto, si se analiza esta exigencia desde una perspectiva histórica y económica, puede señalarse que la noción de riesgo, inherente a toda actividad empresarial, era menor en otro momento histórico de desarrollo de la economía en el que no era necesario una gran acumulación de capital y por tanto el elemento personal primaba sobre el del capital para el desarrollo de una actividad mercantil. El origen histórico de la sociedad colectiva se encuentra en la Edad Media, en sociedades que explotaban un negocio entre los miembros de la misma familia. Posteriormente se permitió la entrada en la Compañía a otras personas con quienes se tenía confianza, llamándose compañeros a los socios y regulándose por primera vez como compañías generales en distintas Ordenanzas de finales del siglo XVII y principios del XVIII. Hasta principios del siglo XX era la forma mayoritaria para crear una sociedad, si bien a partir de mediados de ese siglo fueron cayendo en desuso. En consecuencia se puede afirmar que en la medida que con el desarrollo de la economía fue necesaria una mayor acumulación de capital, por exigencia de una nueva realidad económica que demandaba más recursos, la personalidad de los socios fue perdiendo importancia a la hora de asociarse, con la consiguiente caída en desuso de las sociedades colectivas, y advenimiento de las sociedades de capital en las que se incorporó el principio de limitación de responsabilidad por las deudas sociales a las aportaciones que cada socio realizaba a la sociedad, lo que facilitó la acumulación de capital.

2.2. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LA SOCIEDAD COLECTIVA

La sociedad colectiva es una sociedad mercantil de carácter personalista, en la que todos los socios, en nombre colectivo y bajo una misma denominación o razón social, se comprometen a desarrollar conjuntamente una actividad mercantil, participando en ella con trabajo y/o capital, en la proporción que establezcan, y respondiendo cada socio de manera personal, solidaria, subsidiaria e ilimitada de las deudas sociales. La regulación legal básica de la SC está en el Código de Comercio (art. 125 a 144 del RD de 22 de agosto de 1885, por el que se publicó el Código de Comercio (CCom), y en el Reglamento del Registro Mercantil (art. 209 a 212 del RD 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (RRM).

A la vista del concepto indicado, la SC, como prototipo de sociedad personalista, se caracteriza porque prima en ella la personalidad de los socios, hasta el punto que, todos o alguno de ellos, están presentes en la denominación de la sociedad, en su administración y, sobre todo, porque responden personalmente de las deudas de la sociedad.

Esta responsabilidad de los socios (art. 127 CCom), se entiende que abarca las obligaciones no cumplidas por la sociedad, tanto las que se derivan de la ley, de los contratos, e incluso las extracontractuales que nacen de la culpa o negligencia. La configuración de esta responsabilidad de los socios se caracteriza, como hemos indicado al exponer el concepto, por lo siguiente:

—La responsabilidad es personal, lo que significa que todos los socios responden individual e ilimitadamente con todos sus bienes presentes y futuros por las deudas de la Sociedad. Esta responsabilidad frente a terceras personas que son acreedores de la sociedad, es imperativa, es

decir no puede excluirse por acuerdo entre los socios.

—En cuanto a la responsabilidad subsidiaria, consiste en que los socios son responsables en segundo grado, es decir los socios responderán solo cuando la sociedad colectiva no pueda hacerlo. Así, los socios, antes de responder con sus bienes personales de las deudas no satisfechas por la sociedad, pueden indicar a los acreedores de esta, el dinero, los bienes o derechos que la misma tenga, con los que poder satisfacer la deuda pendiente, excusando de esta forma su responsabilidad.

—Finalmente, la responsabilidad de los socios es solidaria, lo que supone que cada uno responde por la totalidad de las deudas de la sociedad frente a los acreedores de esta, lo que implica una relación de responsabilidad compartida.

2.3. CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD COLECTIVA

La constitución de la SC exige la existencia de un contrato de sociedad, que debe formalizarse en escritura pública, es decir ante notario, e inscribirse en el Registro Mercantil. En cuanto a la exigencia de la escritura pública e inscripción registral, se deriva de la exigencia general de estos requisitos formales para todas las sociedades mercantiles (artículo 119 del CCom y 5 del RRM). De esta forma se garantiza la publicidad o posibilidad de conocimiento público a través de la consulta en el Registro del contrato de sociedad y de sus posteriores modificaciones por cualquier persona interesada en ello. Ahora bien, en la sociedad colectiva estos requisitos de forma, que por lo demás deben ser cumplidos, no tienen efectos constitutivos, lo que significa que si no se cumplen debidamente, ello no impide que la sociedad tenga personalidad jurídica, aunque se la califique como irregular. La consecuencia de la irregularidad de la sociedad colectiva es que los socios pasan a tener responsabilidad directa y no solo subsidiaria o de segundo grado por las deudas de la sociedad y, además, los pactos sociales lícitos que no estén inscritos en el Registro Mercantil, no podrán nunca oponerse frente a terceras personas.

Independientemente de lo indicado acerca de la SC irregular, el doble requisito mencionado: escritura pública e inscripción registral, debe cumplirse y supone que para constituir la sociedad tendrá que superarse un doble control de legalidad, común a la constitución de los distintos tipos de sociedades mercantiles: por una parte el notario, que asesora a los socios e interviene en la redacción del contrato, suscribiéndose este en su presencia, de ahí que se formalice en escritura pública y, por otra, el registrador mercantil, que no solo se limita a registrar la escritura, sino que verifica nuevamente el cumplimiento por esta de los requisitos legales cuando se le presenta para su inscripción y, caso en que encuentre defectos formales o materiales, deniega la misma.

El contenido de la escritura deberá expresar obligatoriamente los siguientes extremos (art. 125 CCom y 209 del RRM):

1. Nombre, apellidos, documento de identificación, y domicilio de los socios.
2. La denominación de la sociedad, también llamada razón social; que deberá ser distinta a la de otras sociedades ya constituidas. En la denominación de la SC se exige que aparezca el nombre de todos o de alguno/s de los socios, añadiendo las palabras «y Compañía».

3. El objeto social, si estuviese determinado.

4. El domicilio social.

5. La fecha de comienzo de las operaciones mercantiles.

6. El capital de la sociedad, con expresión de las aportaciones de cada socio, el valor de las mismas o los criterios para su valoración. Las aportaciones pueden ser en forma de capital y/o trabajo.

7. Los socios que van a gestionar y representar a la sociedad, es decir sus administradores, así como la cantidad que anualmente se va a dar a cada uno para sus gastos por la gestión.

8. La duración de la sociedad, que puede ser indefinida.

9. Cualquier otro pacto lícito que los socios fundadores tengan por conveniente.

La modificación de la escritura de constitución requiere que se realice también en escritura pública y su posterior inscripción en el Registro Mercantil. Como regla general, la modificación exige el consentimiento de todos los socios, salvo pacto en contrario, si bien, caso en que la modificación se refiera a la transmisión del interés del socio en la sociedad o la sustitución de los administradores o gestores se exige el consentimiento de todos de los socios, sin que en estos supuestos sea posible el pacto en contrario (art. 212 RRM).

2.4. ESTATUTO JURÍDICO DE LOS SOCIOS

En la SC pueden distinguirse dos tipos de socios colectivos, los socios de capital y los socios de trabajo o industriales. Su diferencia fundamental reside en la aportación que hagan a la sociedad, de tal manera que los socios de capital aportan dinero, bienes, o derechos cuantificables en dinero, y los socios industriales aportan trabajo, si bien, esto último, en un sentido amplio, lo que permitiría una aportación equivalente al trabajo, como por ejemplo el «saber hacer» (know-how), o simples conocimientos profesionales o técnicos, que en todo caso deberán concretarse con suficiente precisión en la escritura de constitución. Es posible que haya socios que realicen aportaciones de las dos clases, en cuyo caso pueden tener la igualdad de socios de capital y de trabajo.

El denominado estatuto jurídico de los socios está integrado por las obligaciones y derechos de los mismos, que pasamos a describir en lo que son las reglas generales aplicables a la SC

2.4.1. Obligaciones y derechos de los socios

2.4.1.1. Obligaciones de los socios

1ª. Realizar la aportación. Como ya hemos visto, el tipo de aportación configura el tipo de socio, y en ello consiste la primera obligación de los mismos.

2ª. Prohibición de competencia (art. 136 a 138 CCom). La obligación de no competencia es dispositiva, es decir puede establecerse en la escritura de constitución un régimen distinto al del Código de comercio. De no existir un régimen particular en la escritura, las reglas a aplicar en esta materia son distintas para los socios que aportan solo capital y los que aportan trabajo.

En cuanto a los socios que aportan trabajo o socios industriales, como regla general tienen prohibido realizar cualquier actividad empresarial, salvo que la sociedad expresamente se lo autorice.

En cuanto a los socios de capital, hay que distinguir:

-Si la sociedad tiene un objeto determinado en su escritura, pueden realizar cualquier otra actividad mercantil, siempre que no entre en competencia con la de la sociedad, a no ser, claro está, que se haya pactado otra cosa.

-Si la sociedad no tiene un objeto determinado, es necesaria la autorización de la sociedad, pero esta no puede negarla salvo que justifique que esa actividad del socio perjudica a la sociedad.

3ª. Participar en las pérdidas. Puede determinarse la forma y proporción de participar en las pérdidas en la escritura de constitución de la sociedad. Como regla general, las pérdidas de la sociedad son imputables a los socios de capital en la proporción en la que participan en la misma, excluyendo a los socios industriales. Si bien lo anterior, es posible que por acuerdo se determine que los socios industriales participen también en las pérdidas (art. 141 CCom)

4ª. Responder de las deudas sociales. Como indicamos al describir las características de la sociedad, esa responsabilidad personal es común a todos los socios, sean socios de trabajo o de capital.

5ª. Finalmente en cuanto a las obligaciones de los socios, además de las que acaban de indicarse, estos tienen una obligación que podemos calificar de lealtad genérica cuyo incumplimiento adquiere especial relevancia dado el carácter personalista de la sociedad. En este sentido, los socios deben abstenerse de realizar conductas tales como: utilizar el capital de la sociedad en beneficio propio, realizar funciones de administrador cuando estas estén atribuidas a otros socios, y, en general, actuar en fraude de los intereses sociales o incumplir los compromisos que se derivan de la escritura de constitución.

Respecto de las obligaciones que acaban de enumerarse, debe señalarse que el incumplimiento grave de las mismas puede llevar aparejado la exclusión del socio incumplidor de la sociedad (art. 218 CCom). La exclusión significa la expulsión o cese por sanción del socio incumplidor, y el Código de Comercio la denomina rescisión parcial²¹, en la medida que supone amortizar la participación del socio expulsado, a quien se le liquida su cuota, desvinculándose de la sociedad. Para llevarla a cabo debe acordarse por los demás socios en escritura pública o por resolución judicial, y debe estar inscrita en el Registro Mercantil para que produzca efectos frente a terceras personas (art. 219 y 220 CCom).

²¹

No debe olvidarse que el término rescisión implica la extinción de una obligación por incumplimiento de una de

las partes, a diferencia de la resolución que es un término más amplio y que puede implicar la extinción por cumplimiento o mediando acuerdo entre las partes:

-

2.4.1.2. Derechos de los socios

1º. Participar en las ganancias. La participación en las ganancias se puede determinar con libertad en la escritura de constitución. Si no se dice nada en esta, los beneficios se dividirán en proporción a la participación que cada socio tenga en la sociedad, en cuyo caso los socios industriales participan en la misma proporción que el socio de capital que tuviera menor participación (art. 140 CCom).

2º. Separación de la sociedad. El derecho de separación se produce cuando un socio quiere abandonar la sociedad, incluso sin mediar causa que lo justifique cuando esta se haya constituido por tiempo indefinido, o por causa justificada en el caso de sociedades constituidas por tiempo limitado (art. 225 CCom). Este derecho se configura como una posible causa de disolución de la sociedad, supuesto en que no haya una previsión en otro sentido en la escritura de constitución o en que los socios no llegasen a un acuerdo.

3º. Solicitar la disolución de la sociedad. En este caso el socio puede solicitar la denuncia unilateral del contrato de sociedad, a lo que los demás socios no podrán oponerse, a no ser que el que lo solicite actúe de mala fe (art. 224 CCom). Por tanto, el ejercicio de este derecho se configura, al igual que, en última instancia, el de separación, como una posible causa de disolución de la sociedad.

4º. Participar en la cuota de liquidación de la sociedad. En el supuesto de disolución y liquidación de la sociedad, los socios participarán del reparto resultante de la liquidación conforme a lo determinado en la escritura de constitución o, de no decirse otra cosa en esta, en la proporción de su participación.

5º. Derecho de información. Este derecho se concreta en que cualquier socio tiene derecho a examinar el estado de la administración y contabilidad de la sociedad según se haya dispuesto en la escritura de constitución y, supuesto en que se le denegase ese examen, reclamarlo ante el Juez de lo Mercantil que corresponda al domicilio de la sociedad (art. 133 CCom).

6º. Participar en la administración y gestión de la sociedad. Como luego diremos, salvo pacto en contrario, todos los socios tienen la facultad de gestionar o administrar la sociedad.

7º. Cobrar de la sociedad los gastos que se le produzcan como consecuencia de su actividad en beneficio de esta.

8º. Finalmente y también configurado como un posible derecho, los socios pueden transmitir a otras personas su participación en la sociedad, si bien ateniéndose a lo que a continuación se indica:

-

2.4.2. Adquisición y pérdida de la cualidad de socio

La entrada de un nuevo socio distinto de los que constituyeron la sociedad, por actos *inter*

vivos, bien por transmisión mediante venta o donación de la participación en la sociedad de alguno de los socios, o bien por entrada de un nuevo socio mediante una nueva aportación social, requiere el consentimiento de todos los socios, sin que pueda contemplarse el pacto en contrario (arts. 143 LSC y 212.2. RRM).

En cuanto a la transmisión de la participación de algún socio por muerte de este, se puede pactar en la escritura de constitución que sean los herederos del socio fallecido quienes continúen como socios de la sociedad o el procedimiento de transmisión de las participaciones entre los socios sobrevivientes. En otro caso, es decir, de no haberse pactado nada, sería causa de disolución de la sociedad (art. 222.1ª CCom).

2.5. LA ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD COLECTIVA

2.5.1. Gestión y representación

Con formato: Español (España)

La administración de las sociedades mercantiles en general tiene un doble ámbito material. Por una parte comprende la facultad de gestionar y dirigir la sociedad, es decir organizar y disponer de los medios materiales, inmateriales y recursos humanos que constituyen la empresa para el desarrollo del objeto social. Por otra parte, la administración también se refiere a la denominada esfera externa de la sociedad mercantil que comprende el ejercicio de la representación de la misma en sus relaciones con terceras personas, en particular actuar y constituir obligaciones en nombre de la sociedad. Ambas facetas, gestión y representación, se ejercen por los administradores en lo que sería el escalón superior de organización de la sociedad mercantil.

En la SC rige el principio de que son los propios socios quienes deben ejercer la función de gestión y representación de la misma. Como regla general, la administración en la SC esta atribuida a todos los socios, salvo que se pacte que la administración la ejerceite solo alguno o algunos de ellos (art. 129 CCom).

2.5.2. Ámbito material y formal de la administración

El ámbito material o asuntos sobre los que los administradores de la sociedad colectiva pueden actuar, en particular en la función de representación, tiene un contenido típico, que se refiere al conjunto de actos propios del tráfico mercantil de la sociedad y solo limitado por el objeto social que, en su caso, la misma haya determinado en la escritura de constitución.

En cuanto a lo que denominamos ámbito formal, que se refiere a cómo deben actuar los administradores para gestionar y representar a la sociedad colectiva, habrá de estarse a quienes son los socios que administran la misma. En el supuesto del principio general de que fuesen todos los socios quienes ejerciesen la administración, se entiende que todos tienen la facultad de representarla, debiendo los que estén presentes actuar por acuerdo. Ahora bien, como hemos dicho, si en la escritura de constitución se pacta un sistema distinto, habrá que estar al que se establezca, de tal manera que, si la administración se atribuye a algunos socios,

pero no a todos, puede hacerse en forma solidaria, en cuyo caso cualquiera de los administradores actuará en nombre de la sociedad sin que sea necesario el concurso de los demás, o en forma mancomunada, en cuyo caso todos los que son administradores deberán actuar conjuntamente.

2.6. DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD COLECTIVA

La extinción de la SC o pérdida de su personalidad jurídica se desarrolla, al igual que en las demás sociedades mercantiles, a través de dos fases, llamadas disolución y liquidación. En la primera, es decir la disolución, se constata o se acuerda la causa por la que la sociedad va a terminar su vida, y en la segunda, la liquidación, se procede a las operaciones de enajenación de los activos de la sociedad y extinción de las obligaciones en que consista su pasivo, hasta llegar a la extinción definitiva de la misma. Pasamos a continuación a exponer las causas de disolución de la SC y el procedimiento de liquidación de la misma.

2.6.1. Disolución

Respecto de la disolución, las causas de disolución de la SC son las comunes a cualquier sociedad mercantil y, además, tiene algunas causas específicas de disolución.

Como causas comunes de disolución señalamos las siguientes (art. 221 CCom):

1. La finalización del plazo pactado en la escritura de la sociedad.
2. La conclusión de la empresa que constituya el objeto social, cuando este se haya concretado de tal manera que haga imposible su continuación.
3. El concurso de acreedores de la sociedad, si ello supone la apertura de la fase de liquidación.
4. La pérdida del capital social.
5. El acuerdo de los socios.
6. Otras causas pactadas en la escritura de constitución.

Como causas específicas de disolución señalamos las siguientes (art. 222 y 224 CCom):

1. La muerte de uno de los socios, salvo pacto en contrario según ya indicamos al examinar la adquisición y pérdida de la cualidad de socio.
2. La incapacidad psíquica de un socio administrador, que deberá ser declarada judicialmente.
3. El concurso de acreedores de uno de los socios, si ello supone la apertura de la fase de liquidación.
4. La exigencia de disolución de la sociedad por alguno de los socios, o de separación, de no haber en este caso previsión en la escritura o acuerdo entre los socios, a las que ya nos

referimos al examinar los derechos de estos.

En cuanto a la forma de realizar la inscripción de la disolución en el Registro Mercantil, dependerá de su causa. Como regla general será necesaria una escritura pública para su inscripción en la que conste la causa, excepto en los supuestos en que esta deba ser declarada judicialmente, v.g.: apertura de la liquidación en el concurso de acreedores, o incapacidad psíquica de un socio administrador, en cuyo caso será la resolución judicial del Juzgado lo que se inscriba.

2.6.2. Liquidación

Con formato: Español (España)

Una vez que se produce una causa de disolución, la SC debe liquidarse (art. 227 a 237 CCom). Los encargados de liquidar la sociedad son los administradores, que cesan en este cargo y pasan a ser liquidadores, a no ser que en la escritura de constitución se hubiera dispuesto otra cosa. La ejecución de la liquidación consiste en la realización de los bienes y derechos de la sociedad y cumplimiento de las obligaciones pendientes de satisfacer por la misma. En cuanto al procedimiento de la liquidación, se seguirá lo dispuesto en la escritura de constitución, siendo muy exiguas las reglas del Código de Comercio al respecto. En cualquier caso, la ejecución de la liquidación deberá pasar por la formación de un inventario al inicio de la misma que integre los bienes y derechos de la sociedad y, a falta de otra indicación en la escritura, deberá comunicarse mensualmente el estado de la liquidación a los socios. La liquidación concluye con la división y adjudicación a los socios del patrimonio neto resultante una vez cumplidas todas las obligaciones pendientes de satisfacer por la sociedad, realizándose esta división según lo establecido en la escritura de constitución y, a falta de mención, en proporción a la aportación de cada socio.

Finalmente, concluida la liquidación, la SC se extingue con la cancelación de la misma en el Registro Mercantil.

3. LA SOCIEDAD COMANDITARIA SIMPLE

3.1. FUNCIÓN ECONÓMICA DE LA SOCIEDAD COMANDITARIA

Desde un punto de vista económico, la sociedad comanditaria o comanditaria simple (SCom), tiene, al igual que la sociedad colectiva, escasa implantación en nuestros días³⁾. La causa de que haya caído en desuso, reside en que, a pesar de que convivan en ella socios comanditarios que son socios de capital y, como a continuación veremos, limitan su responsabilidad a la aportación que hagan, la prohibición expresa de que estos participen en la administración de la sociedad la hace poco atractiva, por lo que se opta mayoritariamente por constituir sociedades, como la SL, en las que, además de extenderse a todos los socios el principio de limitación de responsabilidad, son estos quienes decidan con libertad quien o quienes las administran.

3)

Bajo esta modalidad social, tan solo se constituyeron en el año 2009, 8 sociedades; en 2010, 16 sociedades; y en 2011, 5 sociedades. Fuente: estadística societaria del Registro mercantil central; www.rme.es.

El origen histórico de la sociedad comanditaria se encuentra en el contrato medieval llamado de commenda, a través del cual una persona participaba en los negocios de otra aportando bienes o dinero, a cambio de participar en los beneficios que este obtuviese; (el equivalente actual de la commenda puede ser el contrato de cuenta en participación, regulado en los artículos 239 a 243 del CCom). Más próximo en el tiempo, la sociedad comanditaria se desarrolló a finales del siglo XVIII y principios del XIX, con la incorporación de la aportación al capital de la sociedad propiamente dicho, lo que permitió que, sin necesidad de ser comerciante, se participase directamente en la sociedad como socio capitalista (comanditario), pero sin ser gestor del negocio ni exteriorizar su participación en el mismo: no debe olvidarse que en esa época el ejercicio del comercio no era especialmente bien visto en determinados países, por razones de orden ético-religioso hoy superadas.

3.2. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LA SOCIEDAD COMANDITARIA

La sociedad comanditaria, es una sociedad mercantil, de carácter personalista, en la que los socios, bajo una misma denominación o razón social, se comprometen a desarrollar conjuntamente una actividad económica, participando en ella, con trabajo y/o capital, y en la proporción que establezcan, y respondiendo unos socios, llamados colectivos, de manera personal, solidaria, subsidiaria e ilimitada de las deudas sociales y, otros socios, llamados comanditarios, solo de manera limitada a la participación que tienen en la sociedad.

A la vista de la anterior definición, la SCom es un tipo de sociedad que aunque se la califica dentro de las personalistas, por primar el elemento personal sobre el capitalista, tiene un aspecto propio de sociedad capitalista, habida cuenta de la existencia de socios comanditarios que se limitan a aportar capital y su responsabilidad es limitada a la aportación que hacen (art. 148 CCom). Lo anterior caracteriza a la SCom, de tal manera que las características predicables para la sociedad colectiva (cfr. 2.2), son aplicables también a esta, en lo que se refiere a los socios colectivos.

Al igual que ocurre en el caso de la Sociedad Colectiva, la regulación legal básica de la Sociedad Comanditaria está en el Código de Comercio y en el Reglamento del Registro Mercantil (art. 145 a 150 CCom y 209 a 212 RRM).

3.3. CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD COMANDITARIA

Como ya dijimos para el resto de las sociedades mercantiles, y expusimos para la sociedad colectiva, la constitución de la SCom, debe hacerse en un contrato mediante escritura pública ante notario e inscribirse en el Registro Mercantil. Quienes se propongan crear una SCom deberán expresar en el contrato las mismas circunstancias que ya vimos para la sociedad colectiva (art. 145 CCom) (cfr. 2.3), y además se exige la indicación de los socios comanditarios, las aportaciones de estos, su valoración, y el régimen de adopción de acuerdos sociales (art. 210 RRM), debiendo expresarse en la denominación o razón social, además del nombre de alguno o algunos de los socios colectivos y las palabras «y Compañía», las de

«Sociedad en comandita» (art. 146 CCom).

En cuanto a la modificación de la escritura de constitución de la sociedad comanditaria, requiere que se realice también en escritura pública y su posterior inscripción en el Registro Mercantil, rigiendo para los socios colectivos lo que es de aplicación en la sociedad colectiva, y para los comanditarios deberá estarse a los que se hubiera pactado en la escritura de constitución (art. 212 RRM).

~~3.4. REFERENCIA COMPARADA DE LA SOCIEDAD COMANDITARIA CON LA SOCIEDAD COLECTIVA, EN LO RELATIVO AL ESTATUTO JURÍDICO DE LOS SOCIOS, CAMBIO DE SOCIOS, ADMINISTRACIÓN, DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD.~~

En materia de obligaciones y derechos de los socios, debe señalarse que para los socios colectivos rige lo ya indicado en el caso de la sociedad colectiva (efr. 2.4.1.).

Respecto de las obligaciones y derechos de los socios comanditarios, les es de aplicación lo dispuesto para los socios colectivos, a salvo las especialidades que se deducen de su especial estatuto, que en última instancia se deriva de su naturaleza como socios de capital y de la limitación de responsabilidad que tienen frente a las deudas sociales, lo que se concreta en lo que a continuación se expone.

Como obligación específica más relevante, está prohibido a los socios comanditarios participar en la administración de los intereses de la sociedad, incluso como simples apoderados de la misma (art. 148 CCom). Tampoco pueden los socios comanditarios incluir su nombre en la denominación o razón social de la sociedad, hasta el punto en que, si así lo hicieran, asumirían de manera personal e ilimitada la responsabilidad por las deudas de la misma (art. 147 CCom). Como regla general los socios comanditarios no tienen la obligación de no hacer la competencia a la sociedad dada su cualidad de socio capitalista que no participa en la administración.

En lo que concierne a los derechos, los socios comanditarios tienen derecho a participar en las ganancias de la sociedad y en la cuota de liquidación de la misma, conforme a lo dispuesto en la escritura de constitución, y si no se dispusiese otra cosa en esta, en la proporción de la participación que cada uno tenga en la sociedad. Asimismo los socios comanditarios tienen derecho a obtener información sobre la marcha de la gestión de la sociedad en los términos pactados en la escritura de constitución (art. 150 CCom), sin que nada impida que en esta esfera interna se fije un ámbito en el que los socios comanditarios puedan participar estableciendo un derecho de consulta respecto de determinadas decisiones que los socios colectivos puedan tomar.

Finalmente, en materia de cambio de socios y disolución y liquidación de la sociedad comanditaria rige en lo sustancial lo dispuesto para las sociedades colectivas, con las lógicas particularidades de los socios comanditarios en tanto que socios capitalistas.

~~4. LAS SOCIEDADES DE CAPITAL. ASPECTOS~~

GENERALES. DENOMINACIÓN Y OBJETO

4.1. CONCEPTO, CARÁCTER MERCANTIL Y PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

Las sociedades de capital son personas jurídicas que tienen carácter mercantil y en las que el capital está dividido en partes alfeuotas, respondiendo los socios de manera limitada con la aportación realizada a la sociedad.

El carácter mercantil les está atribuido por razón de la forma, y cualquiera que sea su objeto (art. 2 LSC), es decir todas las sociedades de capital son siempre sociedades mercantiles y, por tanto, son siempre empresarios que están sujetos al estatuto jurídico propio de estos⁴⁾, no solo en las normas mercantiles propiamente dichas, sino también en las de otro orden: fiscal, penal, laboral o administrativo, en lo que sean de específica aplicación a los empresarios.

4)

A diferencia de las sociedades civiles, que no tienen carácter mercantil y están sujetas al contrato de sociedad civil (artículos 1665 y ss. del Código Civil). Por tanto, estas sociedades civiles no están sujetas al estatuto de los empresarios, v. gr. no están sometidos a las normas propias de estos en materia de contabilidad, o fiscales; así, v. gr. están excluidas del pago de impuesto de sociedades (art. 7.1.a) del RD 4/2004, TR de la Ley del Impuesto de Sociedades), y tampoco son inscribibles en el Registro Mercantil (Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2000).

La adquisición de la personalidad jurídica de las sociedades de capital exige que el contrato de sociedad se realice en escritura pública ante notario que la autorice y la inscripción en el Registro Mercantil (art. 20 LSC), conforme indicamos para el caso de la sociedad colectiva. En el caso de las sociedades de capital estos requisitos de forma: escritura pública e inscripción registral, se entienden constitutivos y necesarios para el nacimiento pleno de su personalidad jurídica (art. 33 LSC).

4.2. CLASES DE SOCIEDADES DE CAPITAL Y DIFERENCIAS BÁSICAS

La LSC señala que son sociedades de capital las sociedades anónimas, las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades comanditarias por acciones (art. 1 LSC).

Conviene en este apartado enmarcar los elementos más relevantes, referidos al capital y a la transmisión de este, que diferencian los dos principales tipos de sociedades de capital: la sociedad anónima (SA) y la sociedad de responsabilidad limitada o sociedad limitada (SRL o SL), dejando para un epígrafe posterior el examen de la sociedad comanditaria por acciones por su carácter residual en la práctica mercantil. Esta descripción marco de las diferencias entre la SA y la SL se hace como simple enunciado diferencial en los aspectos generales indicados, sin perjuicio de la existencia de múltiples diferencias de detalle en su régimen jurídico, que se estudiarán en cada caso en los Temas correspondientes.

a) En primer lugar, mientras que en la SA es un tipo de sociedad más abierta, la SL es una sociedad más cerrada⁵⁾. Cuando hablamos de sociedades abiertas nos referimos a que en estas

hay una mayor vocación y facilidad para la entrada de nuevos socios, frente a las sociedades más cerradas en las que hay mayor restricción en esta materia. Esta característica de ser las sociedades anónimas sociedades más abiertas adquiere un relieve especial en la sociedad anónima cotizada a la que luego nos referiremos. La manifestación más relevante de lo que acabamos de indicar, es que el capital en la SA se divide en acciones y en la SL en participaciones sociales, siendo así que, en las acciones el principio general es el de su libre transmisión, mientras que en las participaciones la transmisibilidad está más limitada con la finalidad de dificultarla.

5)

En la propia Exposición de motivos de la LSC, se hace referencia a esta clasificación de sociedades abiertas y cerradas:

b) En segundo lugar, el capital en la SA tiene una cuantía mínima de 60.000 euros, mientras que en la SL la cuantía mínima es de 3.000 euros (art. 4 LCS), lo que permite afirmar que, en principio, la importancia económica de la actividad mercantil que se desarrolla a través de una SA es mayor que a través de una SL.

e) En tercer lugar se puede afirmar que mientras que la SA es un tipo de sociedad con un rígido sistema de defensa del capital en el plano formal, como cifra de retención y por tanto de garantía de los derechos de los acreedores, en la SL se sustituye en ocasiones ese sistema por el de la exigencia de responsabilidad, caso en que la aportación del capital no respaldase a la realidad.

-

4.3. REFERENCIA PARTICULAR A LA SOCIEDAD COMANDITARIA POR ACCIONES.

Desde un punto de vista económico, la sociedad comanditaria por acciones (SCom por A.), ha caído prácticamente en desuso en España⁶⁾. Funcionalmente podría pensarse en ellas, por ejemplo, como posibilidad adecuada en empresas familiares que exigen financiación exterior mediante aportación de capital en forma de acciones y quieren reservar la administración a los socios colectivos que se identifican con el núcleo familiar originario.

6)

Bajo esta modalidad social, no se constituyeron sociedades en España entre los años 2007 a 2010, y en 2011 tan solo se constituyó una. Fuente: estadística societaria del Registro mercantil central; www.rme.es.

Dado el carácter residual en la práctica mercantil de este tipo de sociedad de capital, su estudio en este epígrafe se ciñe a lo que la caracteriza, sin dedicarle, por tanto, la mayor atención que requieren las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada. En cuanto a su consideración como sociedades de capital, viene determinada en la propia LSC (art. 1.1 LSC).

En cuanto al concepto de la sociedad comanditaria por acciones debe señalarse que es una sociedad mercantil cuyo capital está dividido en acciones, que se integra por las aportaciones de los socios, uno de los cuales, cuando menos, tiene que responder de las deudas sociales como socio colectivo (art. 1.4 LSC). En consecuencia todos sus socios son accionistas, si bien dentro de estos hay socios colectivos (cuando menos uno), y socios comanditarios, a los que

nos referimos al examinar la sociedad comanditaria simple. Por tanto, la SCom por A., más que una especie de la sociedad comanditaria simple, se debe entender como una sociedad anónima *sui generis*, más próxima a la SA, en tanto que la diferencia con esta reside fundamentalmente en el estatuto de sus administradores (art. 252 LSC). En efecto, los administradores de la SCom por A. están conceptuados como socios colectivos y responden como tales, es decir de la manera personal e ilimitada que ya vimos al estudiar la sociedad colectiva, en tanto ejercen su cargo. Su separación sin causa justa puede dar lugar a que exijan a la sociedad una indemnización por los daños y perjuicios que la separación les produzca. Por lo demás, los administradores tienen las facultades, derechos y deberes de los administradores en la sociedad anónima (cfr. Tema 5).

4.4. DENOMINACIÓN Y OBJETO DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

Examinamos en este epígrafe el régimen jurídico propio de las sociedades de capital, referido a la denominación y al objeto de las mismas.

4.4.1. La denominación de las sociedades de capital

El régimen legal de la denominación de las sociedades de capital se encuentra en los artículos 6 y 7 LSC y 398 a 419 RRM.

La denominación de las sociedades de capital puede referirse a un sujeto, a un objeto o estar integrada por una denominación imaginaria, y consistir en letras, números o la combinación de ambos, estando prohibidas las denominaciones contrarias a la ley, al orden público o a las buenas costumbres, así como las denominaciones oficiales o las idénticas a otras sociedades o que induzcan a error con otras ya inscritas. A fin de dar cumplimiento a estos principios, es necesario en el momento de constituir la sociedad se acredite ante el notario, mediante una certificación negativa del Registro mercantil, que no figura registrada la denominación que se quiere dar a la misma. La expedición de esa certificación garantiza la reserva de uso de la denominación por el solicitante por un plazo de seis meses.

En la denominación deberá figurar el tipo social elegido o, cuando menos, su abreviatura: para la sociedad anónima, SA, para la limitada, SRL o SL, y para la comanditaria por acciones, SCom por A., debiendo también tenerse en cuenta que para esta última deberá figurar en la denominación cuando menos el nombre de uno de los socios colectivos.

La denominación aparecerá en los Estatutos de la sociedad, que están incluidos en la escritura de constitución (cfr. Tema 3), y su cambio requerirá una modificación de los mismos (cfr. Tema 6).

4.4.2. El objeto de las sociedades de capital

El objeto de las sociedades de capital es una exigencia legal recogida como tal en los artículos 23 b) de la LSC y 178 RRM.

El objeto lo constituirá una actividad económica mercantil lícita y, dentro de estas, cabe pensar en cualquiera que consista en la producción, distribución, intermediación o venta de bienes o servicios, en el más amplio sentido de estos términos. En la redacción del objeto se exige legalmente la determinación precisa y sumaria de las actividades que lo integran. Por tanto, se procurará abarcar en la redacción, las actividades principales, accesorias o auxiliares que comprenda, utilizando términos generales pero suficientemente claros que eviten una redacción excesivamente exhaustiva que sería innecesaria, pero sin emplear fórmulas generales, tales como: «la realización de cualquier actividad de lícito comercio». La importancia práctica de la determinación del objeto se entiende si se tiene en cuenta que mediante la descripción del objeto en los Estatutos de la sociedad se fija el ámbito material de su actividad mercantil y, por tanto, se delimita también la actuación de sus representantes.

La descripción del objeto aparecerá en los Estatutos de la sociedad, que están incluidos en la escritura de constitución y, al igual que para la denominación, su cambio requerirá una modificación de los mismos.

5. SOCIEDADES DE CAPITAL CON UN RÉGIMEN JURÍDICO ESPECIAL

5.1. PRELIMINAR

Se examina en los distintos epígrafes que integran el enunciado precedente, tres sociedades mercantiles que presentan algunas características especiales en su régimen jurídico, frente al régimen jurídico general que para las demás sociedades de capital se expone en los Temas correspondientes. Estas tres sociedades son: la sociedad anónima cotizada, la sociedad con capital público y la sociedad anónima europea. El criterio de selección de estos tres tipos de sociedades mercantiles que son objeto de estudio, atiende a la importancia económica o doctrinal de las mismas. El estudio de estas sociedades se realiza deteniéndose en las peculiaridades más significativas de su régimen jurídico, sin perjuicio de las disposiciones generales y comunes a las sociedades de capital que a todas ellas les son de aplicación. Estas peculiaridades difieren en la estructura de la exposición que haremos para cada una de ellas, dado que las causas por las que tienen un régimen jurídico especial son también distintas. En el caso de la sociedad anónima cotizada su régimen especial obedece a que son sociedades muy abiertas y la personalidad de los accionistas se difumina por la facilidad de transmisión de las acciones en un mercado abierto. En el caso de las sociedades con capital público lo que configura su especialidad tiene que ver con el sujeto que participa en ellas como socio, al ser este un organismo público cuya finalidad debe ser la defensa del interés general y que cuenta por tanto con un estatuto jurídico propio. Finalmente, en el caso de la sociedad anónima europea, la causa de su especialidad obedece al ámbito territorial supranacional en el que estas sociedades desarrollan su actividad.

Debe precisarse que, junto a estos tres tipos de sociedades existen otros instrumentos jurídicos de tipo societario que también pueden estar dentro de la categoría de sociedades especiales. Citamos a continuación algunos de estos a efectos de su toma de conocimiento:

—Por una parte hay sociedades de base mutualista, que se caracterizan por tener un contenido social y cuya finalidad propia es la de satisfacer determinadas necesidades comunes de los socios, entre las que cabe citar: (i) las sociedades cooperativas (regidas por la Ley 27/1999, de 16 de julio, si bien cada Comunidad Autónoma tiene su propia Ley de cooperativas al tener estas atribuidas las competencias en materia de cooperativas); (ii) las mutuas de seguros y mutualidades de previsión (Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobada por RD Leg 6/2004, de 29 de octubre); (iii) las sociedades de garantía recíproca (Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el régimen jurídico de las sociedades de garantía recíproca, y RD 2345/1996, de 8 de noviembre); y, finalmente, mencionamos en esta categoría (iv) a las sociedades anónimas laborales (Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades laborales) que, aunque no sean propiamente sociedades de base mutualista, se citan aquí por responder también a una finalidad de promoción social de sus socios laborales.

—Por otra parte, además de las sociedades de base mutualista y asimilada, que acabamos de mencionar, hay también otras sociedades mercantiles especiales, entre las que citamos las siguientes:

—La Sociedad limitada nueva empresa (SLNE) (arts. 434 a 454 LSC) Esta es una modalidad de la sociedad de responsabilidad limitada dirigida a determinadas actividades económicas en la que se facilitan los trámites de constitución, y en cuya denominación tienen que aparecer los dos apellidos y el nombre de uno de los socios.

—La Sociedad de profesionales, regidas por la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales). La cual, como su propio nombre indica, está integrada por personas que ejercen en común una actividad profesional para cuyo desempeño se requiere un título universitario oficial.

—La Sociedad anónima deportiva (SAD), regidas por el RD 1251/1999, de 16 de julio sobre sociedades anónimas deportivas, cuyo objeto es la participación en competiciones deportivas profesionales y otras actividades relacionadas con las mismas.

5.2. LA SOCIEDAD ANÓNIMA COTIZADA

Son sociedades anónimas cotizadas las sociedades anónimas cuyas acciones están admitidas a cotización en un mercado secundario oficial de valores (art. 495 LSC). Mercado secundario de valores es aquel en el que los propietarios de valores ya emitidos los intercambian con nuevos compradores, habitualmente, en las denominadas Bolsas de Valores⁷¹:

71

Las Bolsas de Valores en España son los mercados secundarios oficiales destinados a la negociación en exclusiva de las acciones y valores convertibles o que otorguen derecho de adquisición o suscripción (hay bolsas de valores en Madrid, Bilbao, Barcelona y Valencia). En la práctica, los emisores de renta variable acuden a la

Bolsa, que opera también como mercado primario, donde formalizan sus ofertas de venta de acciones o ampliaciones de capital. Asimismo, también se contrata en Bolsa la renta fija, tanto deuda pública como privada. La organización y funcionamiento de cada Bolsa depende de su correspondiente Sociedad Rectora. Por último, hay una Sociedad de Bolsas, participada por las cuatro Bolsas, como entidad responsable de la gestión técnica del Sistema de Interconexión Bursátil Español (SIBE).

El régimen jurídico de las sociedades anónimas cotizadas es el propio de las sociedades anónimas en general, sin perjuicio de sus especialidades legales. La regulación legal básica de este tipo de sociedades, se contiene por una parte en la propia LSC, que tiene un Título específico dedicado a ellas (Título XIV LSC), y, por otra parte, en la Ley del Mercado de Valores (Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV)). Esta dualidad se explica ya que los aspectos legales eminentemente societarios se regulan en la LSC, y los aspectos legales en su vertiente más financiera y de control en la LMV⁸⁾.

8)

A ello hace expresa referencia la Exposición de Motivos de la LSC.

-

5.2.1. Finalidad económica de la cotización de las acciones.

Desde un punto de vista económico la admisión a cotización en un mercado de valores de las acciones de una SA, puede suponer una importante vía de obtención de recursos para la misma, es decir financiación, caso en que se opte por una ampliación de capital con desembolso del valor de las acciones, o puede suponer un medio ideal para desinvertir y facilitar liquidez a los accionistas de la sociedad, si se opta por una oferta pública de venta de las acciones ya existentes. Es frecuente que la salida a bolsa de una sociedad anónima suponga la venta de un porcentaje minoritario de sus acciones, de tal forma que no se cuestione el control de la misma.

Además de las ventajas financieras propiamente dichas, la cotización en Bolsa proporciona a la empresa otros beneficios que mejoran su desarrollo, como pueden ser:

- Notoriedad de la sociedad. La cotización en un mercado de valores puede otorgar una imagen y prestigio a estas sociedades anónimas.
- Disponibilidad de una valoración permanente de la sociedad, a través del precio en que cotizan las acciones mediante el juego de la oferta y la demanda en el mercado donde se intercambian.
- Disciplina en la gestión. Propiciada por la mayor exigencia legal, como luego veremos al analizar las especialidades legales de las mismas.
- Liquidez de las acciones, lo que favorece una mayor entrada de accionistas en su capital.

-

5.2.2. Transparencia y supervisión de las sociedades anónimas cotizadas.

Como ya indicamos, las sociedades anónimas cotizadas son sociedades cuyo régimen jurídico general es el propio de las sociedades anónimas y a las que por tanto les es de aplicación ese régimen cuyo estudio se realiza detenidamente en los Temas correspondientes. Ahora bien, estas sociedades responden al principio de ser sociedades anónimas de naturaleza especialmente abierta, dado que sus acciones pueden ser transmitidas en un mercado de valores que mediante el juego de la oferta y la demanda puede fijar de manera continuada el precio de las mismas. Además, son sociedades que, en determinados casos, cuentan con un

gran número de accionistas que tienen una escasa o nula implicación en la actividad y gestión de la sociedad, de tal manera que son los administradores quienes pueden tender a ejercer un control efectivo sobre la sociedad en detrimento de los intereses de aquellos.

Las circunstancias expuestas hacen que las sociedades anónimas cotizadas estén también sujetas, en determinados aspectos de su régimen jurídico, a un control por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV)⁹⁾, que tiene, entre otras funciones, la básica, en la materia que aquí nos interesa, de supervisar e inspeccionar los mercados de valores y la actividad de cuantas personas físicas y jurídicas se relacionan en dichos mercados, entre ellas las propias sociedades cotizadas. Esa función está dirigida a asegurar la transparencia de los mercados de valores, la correcta formación de los precios en los mismos y la protección de los inversores (art. 13 LMV).

9)

La CNMV (www.cnmv.es) está legalmente configurada como un Ente de derecho público con personalidad jurídica propia, que tiene autonomía en el cumplimiento de sus funciones, si bien a determinados efectos orgánicos depende del Ministerio de Economía y competitividad (www.mineco.es). Resaltar que la CNMV conserva su independencia respecto de otros reguladores (Banco de España, Dirección general de Seguros y Comisión Nacional de Mercados y Competencia, esta última va a aglutinar a otros organismos reguladores que de manera dispersa han venido actuando en distintas actividades económicas que exigen un regulador, dada la singularidad de su objeto o por actuar en mercados monopolísticos u oligopolísticos).

Es precisamente en aras de la búsqueda de esa mayor transparencia y protección de los intereses de los accionistas, de los posibles inversores y de las reglas del mercado, por lo que el régimen jurídico de las sociedades anónimas cotizadas contiene especialidades.

-

5.2.3. Régimen jurídico de las sociedades anónimas cotizadas

Describimos a continuación las especialidades más relevantes del régimen jurídico de las sociedades anónimas cotizadas, en lo concerniente a cada uno de los enunciados que se indican.

-

5.2.3.1. Especialidades en materia del capital, de las acciones representativas de éste y de las obligaciones emitidas por la Sociedad (art. 496 a 508 LSC)

—Las sociedades cotizadas son sociedades anónimas y, en consecuencia, su capital está siempre dividido en acciones. (En cuanto a los requisitos para que las acciones sean admitidas a cotización en Bolsa, cfr. art. 25 y ss. LMV; y el RD 1310/2005, de 4 de noviembre por el que se desarrolla la LMV en materia de admisión de negociación de valores en mercados secundarios oficiales.)

—Las acciones cotizadas deben ser libremente transmisibles. Por ello, resultan inadmisibles las restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones o de los derechos derivados de aquéllas. Cosa distinta es la posibilidad de que, al margen de los Estatutos de la sociedad, y mediante pactos parasociales, que luego mencionaremos, se puedan acordar restricciones.

—Las acciones tienen que estar representadas por medio de anotaciones en cuenta (cfr. Tema

4). Estas anotaciones en cuenta deben constar en un registro en el que están identificados en todo momento los accionistas de la sociedad. Este registro lo debe llevar una de las Sociedades de valores que tiene autorización para operar como tales por el Ministerio de economía y competitividad, las cuales tienen además que estar inscritas en la CNMV. Estas Sociedades de valores son un tipo de empresas de servicios de inversión (empresas autorizadas para realizar actividades relacionadas con los mercados de valores), que deben tener también la forma de S.A. (Respecto del concepto y clases de empresas de servicios de inversión, cfr. artículos 62 y 64 de la LMV.)

-La sociedad anónima cotizada tiene derecho a conocer de la entidad que lleve el registro de sus acciones, los datos de los accionistas para poderse comunicarse con ellos.

-Como regla general, se limitan las acciones que puede tener la propia sociedad u otras que pertenezcan al mismo Grupo de sociedades (auto Cartera), cuyo valor nominal no podrá ser superior al 10% del capital suscrito por la sociedad.

-Las obligaciones que emita la sociedad cotizada no están sujetas al límite legal máximo (art. 510 LSC) y, caso en que sean convertibles en acciones, se puede delegar por la Junta de accionistas en los Administradores esa facultad de emisión y atribuir a estos la posibilidad de excluir el derecho de suscripción preferente, si el interés de la sociedad así lo exige.

-Supuesto de acciones con el privilegio que consista en un derecho a obtener un dividendo preferente, la sociedad debe acordar el reparto del dividendo si hay beneficios distribuibles, y el régimen legal de ese dividendo preferente será el establecido en la LSC para las acciones sin voto.

-Supuesto de acciones rescatables, su importe no podrá ser superior a la cuarta parte del capital, y deberán estar totalmente desembolsadas en el momento de la suscripción. Caso en que en la emisión de estas acciones se acuerde que el derecho al rescate solo lo pueda ejercitar la sociedad, habrán de transcurrir por lo menos tres años desde la emisión para ejercitarlo.

-En materia de suscripción de acciones, se puede delegar por la Junta de accionistas en el Consejo de administración la facultad de aumentar capital (cfr. Tema 6), y otorga también a este la facultad de excluir el derecho de suscripción preferente de los socios si el interés de la sociedad lo exige.

-

5.2.3.2. Especialidades referidas a la Junta general de accionistas

La LSC ha incorporado la normativa de la UE sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas, reforzando los derechos de estos sobre los que son propios y de aplicación general en cualquier SA (cfr. Tema 5), y estableciendo unos principios que pasamos a describir en lo que son más relevantes. Esta normativa está recogida en los artículos 512 a 527 de la LSC, que se introducen en esta, por la Ley 25/2011, de 1 de agosto de reforma de la LSC, que incorpora la Directiva 2007/36/CE, de 11 de julio sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas.

-Obligatoriedad de un reglamento que regule el funcionamiento de la junta general de accionistas. Ese reglamento regula todos los aspectos de desarrollo de la misma, con respeto a

lo dispuesto en la LSC y en los Estatutos de la sociedad. Este reglamento tiene que comunicarse a la CNMV e inscribirse en el Registro Mercantil.

–Igualdad de trato de todos los accionistas que se hallen en la misma posición, en lo que se refiere a la información, la participación y el ejercicio del derecho de voto en la junta general.

–Reforzamiento del principio de publicidad de la convocatoria de la Junta general ordinaria o extraordinaria. La difusión del anuncio de la convocatoria deberá realizarse, cuando menos, mediante anuncio a través de los siguientes medios: a) Boletín Oficial del Registro Mercantil, o uno de los diarios de mayor circulación en España, b) página web de la CNMV, y c) página web de la sociedad convocante de la Junta, en la cual deberá aparecer también otra información relevante sobre la misma. (Respecto del detalle de la información relevante previa a la Junta, cfr. art. 518 LSC)

–Derecho de los accionistas que representen el 5% del capital social a completar el orden del día de la Junta y a presentar nuevas propuestas de acuerdo.

–Posibilidad de ejercicio del derecho de participación en la Junta y voto a distancia y por medios electrónicos, conforme a lo que dispongan los Estatutos y el reglamento de la Junta.

–Posibilidad de que los accionistas participen y voten en la Junta por medio de representantes. Los representantes de los accionistas tienen un deber de información a los accionistas a quienes vayan a representar caso de existir un conflicto de intereses. Si la representación para asistir a las Junta se hubiere solicitado públicamente por los Administradores a los accionistas, los Administradores no podrán votar en nombre de estos en aquellos asuntos en los que se encuentren en conflicto de intereses.

-

5.2.3.3. Especialidades en materia de administración de la sociedad

–El órgano de administración tiene que tener la forma de Consejo de administración (cfr. Tema 5).

–Obligatoriedad de un reglamento que regule el funcionamiento del Consejo de administración. Este reglamento tiene que comunicarse a la CNMV e inscribirse en el Registro Mercantil.

–Obligación de veracidad en la información que faciliten. En particular en lo referente a la información económica y financiera pública que den en los folletos para colocar las emisiones que realicen en un mercado de valores. Al respecto debe decirse que el Código Penal español, aprobado por Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, sanciona penalmente el incumplimiento de esa obligación, en su art. 282 bis.

–Obligación de permitir la actuación de los servicios de inspección de la CNMV. El Código Penal español, también sanciona penalmente el incumplimiento de esta obligación en su art. 294.

–Finalmente, debe tenerse en cuenta que corresponde también a los administradores cumplir las obligaciones que tienen las sociedades anónimas cotizadas en materia de contabilidad e

información, que les son propias, y que a continuación se indican.

-

5.2.3.4. Especialidades en materia de contabilidad e información:

-Las cuentas anuales no pueden ser abreviadas, y en la Memoria tienen que especificarse los criterios de valoración adoptados:

-Las cuentas tiene que estar auditadas y estarán integradas en un Informe financiero anual (art. 35 LMV).

-En el Informe de gestión de la Sociedad ha de incluirse un Informe de gobierno corporativo y un Informe de retribuciones de los administradores; (en cuanto al detalle del contenido del Informe de gobierno corporativo y del Informe de retribución de los administradores, cfr. art. 61. bis y ter LMV). En cualquier caso, en dichos informes deben indicarse, entre otros extremos: la estructura de la propiedad de la sociedad en sus participaciones más significativas, la estructura del órgano de administración, indicando la identidad de los administradores, los cargos que estos ocupan, su porcentaje de participación en la sociedad y las operaciones vinculadas con esta, el detalle de sus retribuciones y pactos con la misma sobre extinción de sus contratos, así como los pactos parasociales de los que hayan tenido conocimiento. Los pactos parasociales son los acuerdos entre accionistas que regulen el ejercicio del derecho de voto en la Juntas Generales, o restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones o de las obligaciones de la sociedad cotizada. Estos pactos tienen que comunicarse a la CNMV y depositarse en el Registro mercantil, y están regulados en los artículos. 530 a 535 LSC.

-Cuando la sociedad cotizada sea una sociedad anónima europea domiciliada en España que haya optado por el sistema dual (cfr. 5.4.3), junto al informe anual de gobierno corporativo elaborado por la dirección, se acompañará un informe elaborado por el Consejo de control sobre el ejercicio de sus funciones (art. 61 bis.6 LMV).

-Los deberes generales de información tienen que cumplirse por medios técnicos, informáticos o telemáticos, sin perjuicio de que los accionistas puedan solicitar la información impresa:

-La sociedad tiene que tener una página web para atender el derecho de información y habilitar en ella un Foro electrónico, en el que los accionistas puedan comunicar e intercambiar propuestas para las Juntas de accionistas, lo que estos podrán hacer también a través de la constitución de asociaciones voluntarias que deberán inscribirse en un registro de la CNMV (art. 539 LSC).

-

5.3. LAS SOCIEDADES CON CAPITAL PÚBLICO

-

5.3.1. El Estado como empresario social

La constitución española de 1978 reconoce en el artículo 38 el principio de libertad de

empresa en el marco de una económica de mercado, y en el artículo 128 el principio de iniciativa pública en la actividad económica. Nuestra constitución contiene incluso un principio general de planificación de la economía en su artículo 131.

Esos principios generales de contenido programático enmarcan la posible intervención del Estado como agente económico en el mercado. La concepción de la intervención pública en la economía tuvo que ser readaptada ante la entrada de España en la Comunidad Europea en 1986. A partir de ese momento, el sector público inició una adaptación progresiva al derecho comunitario, cuyos ejes son: la mejora de la gestión y la adaptación a un entorno más competitivo y menos intervencionista que el que había en el régimen anterior a nuestra vigente Constitución.

Desde un punto de vista instrumental, por Ley 5/1996 de 10 de enero, de creación de determinadas entidades de derecho público, se creó la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI), y se suprimió el antiguo Instituto Nacional de Industria (INI) que databa de 1941. La SEPI⁴⁹⁾ es una Entidad de Derecho Público, que se rige en sus actuaciones por el ordenamiento jurídico privado, civil, mercantil y laboral, sin perjuicio de las materias en las que le es aplicable la Ley General Presupuestaria, estando adscrita, en la estructura orgánica del Estado, al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Como consecuencia de la creación de la SEPI se transmitieron a esta las participaciones que tenía la Administración General del Estado en distintas sociedades mercantiles, y se estableció un objetivo de racionalización y mejora de la gestión de dichas participaciones. Debe precisarse que la SEPI aglutina participaciones accionariales de distintas sociedades anónimas participadas por la Administración General del Estado, pero al margen de esta Entidad instrumental, las diferentes Administraciones públicas existentes en España y la Administración General del Estado en particular participan en otras sociedades mercantiles con muy diferente objeto y finalidad.

49)

www.sepi.es

-

5.3.2. Características y clases de sociedades mercantiles con capital público

El sistema de organización territorial del Estado en España ha permitido que floreciesen sociedades mercantiles de capital, constituidas o participadas por otros órganos distintos a la Administración general del Estado, en particular por las Comunidades autónomas y los Entes locales (Ayuntamientos), cuya naturaleza es igualmente pública.

La figura jurídica cuyo examen aquí interesa es la de la de las sociedades anónimas públicas (SAP), pudiendo distinguirse dentro de estas: sociedades anónimas estatales, sociedades anónimas autonómicas y sociedades anónimas locales, en razón del sujeto que las participa, siendo la característica más común a las mismas la de que son sociedades mercantiles que, adoptando la forma de SA, su capital social está participado mayoritariamente, directa o indirectamente, por una administración pública, organismo o entidad de derecho público. Para las sociedades mercantiles con capital público estatal, el art. 166 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), configura como sociedades estatales aquellas en las que la administración del Estado o sus organismos o entes

públicos tienen una participación de más del 50% de su capital.

Por su parte, y atendiendo al criterio del porcentaje del capital que posee la Administración u Organismo público en la SAP, pueden distinguirse dos tipos: las sociedades anónimas públicas unipersonales, cuyo capital es íntegramente propiedad de una Administración u organismo público, y las sociedades anónimas mixtas que son aquellas en las que la Administración tiene una participación en su capital, pero no la totalidad del mismo.

Es importante señalar, como característica común a cualquier SAP, que las mismas, a pesar de ser calificadas como públicas, se rigen por las normas de derecho mercantil, civil o laboral en lo que les sea de aplicación, a salvo en las materias presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación en las que les puede ser de aplicación otras normas de derecho público.

5.3.3. Régimen jurídico de la sociedad anónima con capital público

La característica de que el accionista de una SA sea una Administración u organismo público, condiciona en algunos aspectos su régimen jurídico, siendo por lo demás de aplicación supletoria a esta el régimen jurídico general de la SA. Por tanto, a continuación mencionamos algunas de las especialidades más destacables de ese régimen jurídico, remitiéndonos por lo demás al general aplicable a la SA.

–*Constitución y modificaciones estructurales.* La formación de la voluntad para crear estas sociedades exige un acuerdo o disposición expresa de la Administración pública que participe en las mismas. En el caso de las SAP estatales, como regla general, será el Consejo de Ministros, sin perjuicio de la intervención de otros organismos en virtud de autorización, quien tome la decisión de constituir, transformar, fusionar, escindir y extinguir la sociedad (arts. 169 a 172 LPAP). Por su parte, en el caso de sociedades de capital en las que participen las Comunidades autónomas requerirán el acuerdo de los Consejos de Gobierno de las mismas, e incluso, en algún caso, de la Asamblea parlamentaria respectiva. En cuanto a la participación por las administraciones locales en sociedades de capital, cuya finalidad es generalmente la gestión de determinados servicios públicos, será el pleno de la Entidad local quien deba adoptar el acuerdo, previo expediente que acredite la conveniencia y oportunidad de la medida. (Para las SAP locales, cfr. los arts. 85 *ter* y 86 de la Ley 7/1985 de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, modificada por Ley 57/2003 de medidas para la modernización del gobierno local; y 97, 98 y 103 del RDLeg 781/1986, de 18 de abril que aprobó el Texto Refundido sobre disposiciones en materia de Régimen Local.)

–*Denominación.* Es posible que estas sociedades puedan añadir a su denominación los adjetivos nacional, estatal, autonómico, provincial, municipal u oficial, cuyo uso no es posible en la denominación de las demás sociedades de capital que no tienen participación mayoritaria de una administración pública (art. 405 RRM).

–*Capital social y acciones.* En lo que concierne a las SAP estatales, las decisiones sobre enajenación de las acciones corresponden al Ministerio de Hacienda, previa autorización, en su caso, del Consejo de Ministros (arts. 174 y 175 LPAP); otro tanto ocurre respecto de la adquisición de acciones de sociedades mercantiles ya existentes (art. 171 LPAP).

Órganos sociales. Las sociedades anónimas públicas adoptan el sistema de órganos sociales propio de las demás sociedades anónimas, tanto en las competencias como en la forma (cfr. Tema 5). En cuanto a la participación y acuerdos de la Junta de accionistas de la SAP estatal, y decisiones y acuerdos a adoptar en la misma, y en los Consejos de Administración, debe señalarse que las instrucciones de obligado cumplimiento respecto de la forma de participar y sentido del voto pueden realizarse por el Ministerio de Hacienda, a través de la Dirección general de patrimonio del Estado (arts. 170 y 173 LPAP).

5.4. LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA (SE)

5.4.1. Referencia a la normativa jurídica de la Unión Europea en materia de sociedades mercantiles

La creciente liberalización y apertura de los mercados favorece la internacionalización del tráfico mercantil y consiguientemente las relaciones comerciales entre empresarios sociales constituidos en distintos países y al amparo de diferentes normas de ámbito nacional. Como consecuencia de esa internacionalización existen mercados únicos o áreas de libre comercio transnacional que plantean la conveniencia de que el derecho mercantil ofrezca instrumentos uniformes que permitan dar una respuesta común a la existencia de tales mercados, con independencia de que estos estén integrados por distintos países con diferentes ordenamientos jurídicos. En materia de derecho de sociedades parece deseable que en un mercado único los instrumentos legales de los empresarios para dar forma jurídica a su actividad fuesen comunes, lo que evitaría la dispersión y acrecentaría la seguridad jurídica de cuantos agentes operan en el mercado, pensemos aquí no solo en los empresarios, cualquiera que sea su forma jurídica, sino también en los consumidores, en los órganos reguladores encargados de vigilar el cumplimiento de las reglas del mercado y, en general, en las administraciones públicas que actúan en los distintos países que integran un mercado único.

La anterior reflexión enmarca la descripción de la situación en el mercado único de la Unión Europea (UE) y respecto de la materia de derecho de sociedades, que cuenta con un acervo normativo, pero sin un desarrollo uniforme (estándar) en profundidad. En este sentido no se puede desconocer que el ordenamiento jurídico comunitario contiene distintas normas que afectan a las sociedades mercantiles, tanto en forma de Reglamento de aplicación directa en los estados miembros, como en forma de Directiva que por su propia naturaleza son normas incompletas que requieren un desarrollo por cada Estado miembro. Entre estas normas, citamos a título de ejemplo el Reglamento 1606/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativo a la aplicación de las normas internacionales de contabilidad; y entre las Directivas la 2009/102/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único, o la 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas.

A pesar de lo expuesto, se puede afirmar que la UE no cuenta con auténticos instrumentos propios que constituyan una alternativa autónoma, completa y de aplicación común y directa a los distintos tipos de sociedades existentes en cada país miembro. En este sentido, debe

señalarse que se vienen promoviendo, sin éxito hasta el momento, y desde distintas instancias, intentos de auténtica uniformización, así citamos el proyecto de crear la denominada Sociedad Privada Europea, como instrumento paneuropeo dirigido a las pequeñas y medianas empresas, que compitiera con las sociedades limitadas nacionales (v.gr. GmbH alemana, Limited británica, o SL española), o los trabajos que se vienen desarrollando desde 2007 en la redacción de un borrador de la llamada European Model Company Act, que persigue la creación de un modelo de sociedad mercantil de adopción voluntaria por los estados miembros.

Conviene también precisar que la dispersión de distintos tipos de sociedades mercantiles en los diferentes países de la UE no supone que no haya un pleno reconocimiento a la personalidad jurídica y capacidad de las mismas como sujetos de derecho en cualquier país miembro del mercado único, aunque se hayan constituido bajo la forma jurídica de otro, e independientemente de donde lleven a cabo su gestión, reconocimiento que está plenamente admitido por el Tribunal Europeo de Justicia⁴¹⁾.

41)

V. gr. Sentencia de 5 de noviembre de 2002. Caso 208/00. ECR-2002, I,09919. Uberseering BV vs. Nordie Construction Company.

En esta breve referencia a la normativa de la UE en materia de derecho de sociedades, cabe citar, de manera especial, la existencia de instrumentos jurídicos como la denominada Agrupación Europea de Interés Económico Europeo (AEIE), aunque no es propiamente una sociedad, regulada por el Reglamento (CEE) 2137/1985, del Consejo, de 25 de julio; y la Sociedad Cooperativa Europea (SCE), regulada en España, para aquellas SCE que tienen su domicilio en nuestro País, por Ley 3/2011, de 4 de marzo.

Independientemente de esos instrumentos societarios, sin duda, el instrumento de mayor relevancia en el mercado único, en el ámbito del derecho societario es la denominada sociedad anónima europea (SE), cuya regulación legal se contiene en el Reglamento del Consejo (RSE) (CE) núm. 2157/2001, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprobó el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, y Directiva del Consejo 2001/86/CE, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa ese Estatuto en lo referente a la implicación de los trabajadores; y en España por los artículos 455 a 494 LSC.

Para concluir con esta referencia, debe señalarse que la situación en Europa contrasta con la de otros mercados de especial importancia, en los que, por su coincidencia territorial con la existencia de un estado soberano único, aunque sea con un modelo federal, sí han desarrollado en mayor medida instrumentos uniformes que regulan las sociedades mercantiles de capital⁴²⁾.

42)

Por referirnos al mercado de EEUU, existen leyes en cada Estado que regulan las sociedades de responsabilidad limitada que suelen utilizar los pequeños empresarios: Limited Liability Company (LLC); pero cuentan también, desde 1996, con una Ley Uniforme (reformada en 2006), que es la Uniform Limited Liability Act. Para las sociedades de mayor tamaño, principalmente las que cotizan en una bolsa de valores (public companies), cuentan con instrumentos legales uniformes como la Model Business Corporation Act (que se actualiza periódicamente), y que está desarrollada por la American Bar Association (Colegio de abogados), y los Principles of Corporate Governance, publicados por primera vez en 1994 por el American Law Institute, que son recopilaciones de jurisprudencia (leading cases) y estudios doctrinales que sintetizan la buenas prácticas en materia de gobierno corporativo, referidas a los Consejos de Administración y a las Juntas de accionistas.

5.4.2. Finalidad económica y modalidades de constitución de la SE

La sociedad anónima europea, es un instrumento jurídico cuyo propósito es facilitar la integración de sociedades mercantiles que operen o vayan a operar en distintos estados miembros de la UE. En consecuencia, como ya se deduce del anterior epígrafe, la SE no es un tipo de sociedad anónima que pueda actuar con sustantividad propia y regulación jurídica autónoma y completa distinta a la que regula la sociedad anónima en cada país miembro de la UE, ya que en cada país donde tenga su domicilio una SE, se aplicará la ley interna en muchos aspectos de su desarrollo normativo.

Las ventajas de una SE en términos económicos pueden ser la reducción de costes por aplicación de economías de escala y adaptación de una estructura administrativa simplificada mediante la fusión de sociedades filiales establecidas en distintos países, que integran un Grupo de empresas, convirtiéndolas así en simples sucursales. Además, en ocasiones, se puede también buscar mediante la constitución de una SE una imagen transnacional que favorezca el conocimiento de la forma jurídica con que opera la sociedad, más allá de la que es propia de un país concreto. Por otra parte, la constitución de una SE puede estar influida por consideraciones de legislación nacional propias del país donde se domicilie y que será por tanto aplicable a la misma, como pueden ser de orden fiscal, laboral o societaria, y, en concreto, la posibilidad de eludir la obligación de tener un sistema dualista de órgano de administración en aquellos países donde es obligatorio (v. gr. caso de Alemania o Austria), y poder así optar por un sistema monista que no requiere un Consejo de Control (cfr. 5.4.3). Finalmente, desde un punto de vista económico, debemos también señalar que la SE no ha tenido hasta el momento excesiva implantación⁴³⁾.

43)

La Comisión europea encargó a Ernst & Young un informe sobre el funcionamiento e impacto del Reglamento de la SE, arrojando el resultado de que al mes de abril de 2009, se habían constituido tan solo 369 Sociedades anónimas europeas.

Modalidades de constitución de la SE. Exponemos a continuación las distintas modalidades de constitución de la SE, atendiendo no tanto a los pasos a seguir para constituir la misma, que en lo básico y para el caso en que esta se constituya y vaya a tener su domicilio en España, se siguen las reglas de la sociedad anónima, y consiguientemente tiene que constituirse en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil (cfr. Tema 3), sino fijándonos más bien en el instrumento jurídico que se utiliza para ello:

La LSC prevé tres formas de constitución de una SE (art. 465 a 475 LSC):

1ª. Por fusión. Estamos aquí ante una fórmula para realizar fusiones de sociedades anónimas de distintos estados miembros de la UE. A través de una fusión de ámbito paneuropeo se trata de utilizar el instrumento de la SE, para unir sociedades, con el objetivo de desarrollar la actividad económica de la sociedad resultante en el mercado único de la UE.

En cuanto al procedimiento de la fusión (cfr. Tema 6), hay que realizar un proyecto de fusión, y depositarlo en el Registro mercantil, sobre el que debe emitirse un informe por expertos independientes nombrados por el Registro Mercantil, y aprobarse en Junta de accionistas. La

LSC concede a los accionistas de sociedades españolas, que voten en contra del acuerdo de fusión, el derecho de separación de la sociedad, en aquellos casos en que la fusión implique la constitución de una SE que quede domiciliada en otro estado miembro de la UE distinto a España (art. 468, en relación con los artículos 346 y ss. LSC).

Debe destacarse que, en este caso de creación de una SE por fusión, la LSC establece el derecho de oposición del Gobierno español, a la creación de una SE por fusión de una sociedad anónima española en otro Estado miembro de la UE, cuando ello pueda ir contra el interés público (art. 466 LSC).

2ª. Por creación de un holding. En términos generales, el holding designa una sociedad que agrupa participaciones de otras sociedades. El holding denota por tanto la existencia de un Grupo de sociedades desde el punto de vista mercantil. En la legislación societaria española no se configura el holding como una figura jurídica societaria propia, a salvo la mención que hace la LSC para este caso de creación de una SE por holding (art. 471 a 473 LSC), y más por efecto de la transposición de la legislación de la Unión europea en esta materia que por interés en ofrecer una regulación específica de la figura en sí. Sin embargo, el derecho mercantil español sí tiene una regulación del Grupo de sociedades, aunque mínima, lo que requeriría un desarrollo normativo. En efecto, el Grupo de sociedades está expresamente recogido en la LSC (art. 18 LSC), y viene configurado por la existencia de una sociedad dominante dentro del Grupo, entendiéndose por tal la sociedad que tenga o pueda tener directa o indirectamente el control de otra u otras, en los términos que recoge el Código de Comercio al regular la presentación de las cuentas de los Grupos de sociedades¹⁴⁾.

14)

Art. 42 y ss. CCom (Redactados conforme a la Ley 16/2007, de 4 de julio de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional en base a la normativa de la UE). Estos artículos determinan la existencia de Grupo de sociedades con un criterio vertical, basado en la existencia de una sociedad dominante que controla directa o indirectamente a otra u otras, con arreglo a los requisitos establecidos en los mismos; en cuyo caso se exige la obligación de presentar cuentas consolidadas de todo el Grupo de sociedades. Este criterio vertical, actualmente vigente, permite mayor certidumbre en las obligaciones legales contables de los Grupos que el que existía con anterioridad y que se basaba en la existencia del Grupo cuando había unidad de dirección, aunque no hubiera una sociedad dominante (criterio horizontal de Grupo).

En definitiva, a través de la SE, se puede crear un holding que agrupe a sociedades de capital con implantación en la UE, ya sea porque sus domicilios sociales están situados en Estados miembros diferentes, o bien porque cuentan con filiales o sucursales en países distintos de aquel donde se encuentra su domicilio social.

En este caso y en cuanto al procedimiento, debe tenerse en cuenta, que tiene que realizarse un proyecto de constitución y depositarse en el Registro mercantil. El proyecto también debe ser informado por expertos independientes nombrados por dicho Registro, publicarse en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, y aprobarse en Junta de accionistas. La ley también concede el ya mencionado derecho de separación de los socios de las sociedades promotoras del holding que voten en contra de la constitución.

3ª. Por transformación de una sociedad anónima española en una SE. En este caso habrán de tenerse en cuenta las reglas de la transformación de sociedades de capital (efr. Tema 6), debiendo también redactarse un proyecto de transformación, siendo, por lo demás, de aplicación las reglas sobre depósito y publicidad del proyecto ya indicadas para la creación

por holding.

-

5.4.3. Régimen jurídico de la SE

Como quiera que es de aplicación supletoria a la SE domiciliada en España, el régimen jurídico general de las sociedades de capital, mencionamos a continuación únicamente las especialidades más destacables de esta sociedad, contenidas en el mencionado Reglamento del Consejo (RSE) (CE) núm. 2157/2001, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprobó el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, y en la propia LSC.

—*Domicilio*. La primera nota característica de la SE es que el domicilio de la misma determina la aplicación de la ley del país en que se halle y su régimen jurídico concreto en cuanto a la constitución y demás aspectos legales de desarrollo (art. 15 RSE). Por tanto, la escritura de constitución seguirá las formalidades del derecho del país en que está domiciliada, siendo así que en nuestro derecho, la inscripción de la SE se hará en el Registro Mercantil español en donde tenga su domicilio, conforme a las reglas generales aplicables a la SA. El mismo Reglamento exige que el domicilio social coincida con el lugar donde se encuentre su administración central, es decir, con su sede real. Podrá cambiarse dicho domicilio dentro de la UE sin tener que disolverse la sociedad. Para el caso español estas reglas están contempladas en la LSC (arts. 458 a 464 LSC).

—*Capital social*. El capital suscrito no puede ser inferior a 120.000 euros (art. 4 RSE), y estará dividido en acciones, siendo limitada la responsabilidad de los accionistas a su aportación a la misma (art. 1 RSE). En cuanto a personalidad jurídica de la SE se adquiere con la inscripción registral (art. 16 RSE).

—*Órganos sociales*. La característica más destacable de la SE es que permite la elección en los Estatutos de la sociedad, entre los dos sistemas de administración de las sociedades anónimas que conviven en los distintos países de la UE (art. 476 a 491 LSC). Serán los Estatutos de la SE los que determinen la opción a seguir, entre el sistema monista, caracterizado por la existencia de un único órgano de administración, y el sistema dualista caracterizado por la concurrencia de un Consejo de Dirección y un Consejo de Control; el primero de estos equivale al Consejo de Administración de la S.A., y el segundo es un órgano que, además de controlar al Consejo de Dirección, podrá acordar que se sometan a su autorización determinados acuerdos del Consejo de Dirección (art. 489 LSC), siendo sus miembros nombrados por la Junta General de accionistas (art. 486 LSC). En cuanto a la Junta de accionistas, la singularidad más destacable está en la convocatoria de la misma, la cual, en el sistema de administración dualista se hará por el Consejo de Dirección y, si este no lo hiciese, por el Consejo de Control (art. 492 LSC).

-

CASO PRÁCTICO

1º. A la vista de los distintos tipos de sociedades personalistas y capitalistas deberá describirse una actividad mercantil ficticia. Una vez descrita esa actividad mercantil, deberá elegirse un tipo de sociedad mercantil que se considere idóneo para el desarrollo de la actividad y

diseñarse la estructura societaria de la misma, exponiendo los aspectos más relevantes de esta, tales como: socios, capital, con indicación de la aportación de cada socio, objeto social, u órgano de administración.

2º. Deberá elegirse una Sociedad de responsabilidad limitada real y obtenerse del Registro mercantil la información básica de la misma, en particular: capital, socios fundadores, domicilio, administradores, apoderados y cuentas de los dos últimos ejercicios sociales. A fin de realizar el ejercicio, deberá obtenerse a través de la página web del Registro mercantil central: www.rme.es una inscripción temporal que permitirá tener un nombre de usuario y un password, que hará posible solicitar y obtener la información, previo pago de una pequeña cantidad.

3º. Deberá elegirse una sociedad que cotice en el IBEX 35, y examinar detenidamente su página web oficial. Se identificará en dicha página que la Sociedad cumple las exigencias legales de información y publicidad, comentando el lugar, forma y contenido de los datos de la página web en donde se da cumplimiento a esas exigencias legales.

-

BIBLIOGRAFÍA

format:sangrado:fran

Ángel Rojo y Emilio Beltrán (Directores), *Comentario de la Ley de sociedades de capital*, dos tomos, Edit. Thomson Reuters, Civitas, 2011.

format:sangrado:fran

Manuel Olivencia y otros, *Tratado de Derecho Mercantil*, Volumen 7, Edit. Marcial Pons, 2011.

format:sangrado:fran

Carmen Alonso Ledesma, Alberto Alonso Ureba, y Gaudencio Esteban Velasco. (Directores), *La modernización del Derecho de sociedades de capital en España*, dos tomos, Edit. Thomson Reuters, Aranzadi. 2011.

format:sangrado:fran

Alonso Ureba y otros, *Derecho de Sociedades anónimas cotizadas*, dos tomos, Edit. Thomson Reuters, Aranzadi, 2006.

format:sangrado:fran

Fernando Blanco y Francisco Javier Roldán, *Código de Comercio y su jurisprudencia*, Tres tomos, Edit. Dykinson, 1993.

format:sangrado:fran

Aurelio Menéndez, Manuel Olivencia y Rodrigo Uría (Directores), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo XIII, Edit. Civitas, 1992.

Tema 2

format:sangrado:fran

Francisco Vicent Chulia, *Compendio crítico de derecho mercantil*, Tomo I, vol. 2º, Edit. Bosch, 1991.

TEMA 3

Las Sociedades de Capital: Constitución

MANUELA SERRANO SÁNCHEZ

Profesora de Derecho Mercantil, Universidad Pontificia Comillas

SUMARIO

1. Fundación simultánea de sociedad anónima y limitada, estatuto de los fundadores, fundación sucesiva y oferta de acciones en mercados de valores, estatuto de los promotores	
1.1. Estatuto de los fundadores	
1.2. Fundación sucesiva y oferta de acciones en mercado de valores	
1.3. Estatuto de los promotores	
2. Constitución: escritura e inscripción y estatutos, sociedad irregular y en formación, nulidad de la sociedad, Causas y efectos de su declaración, Sociedad de hecho, Sociedades unipersonales	
2.1. Constitución: escritura e inscripción y estatutos	
2.2. Sociedad irregular y en formación	
2.3. Nulidad de la sociedad, Causas y efectos de su declaración	
2.4. La sociedad de hecho	
2.5. Sociedades unipersonales	
3. Aportaciones y prestaciones accesorias, Tipos de aportación, Control del desembolso dinerario, Saneamiento de aportación en especie, informes y problemas de valoración	
3.1. Aportaciones y prestaciones accesorias, Tipos de aportación	
3.2. Control del desembolso dinerario	
3.3. Saneamiento de aportación en especie, informes y problemas de valoración	
4. Dividendos pasivos, Mora del accionista, Incumplimiento definitivo y modos de exclusión, Responsabilidad del vendedor de acciones no liberadas	
4.1. Mora del accionista	
4.2. Incumplimiento definitivo y modos de exclusión	
4.3. Responsabilidad del vendedor de acciones no liberadas	
Caso práctico	
Bibliografía	
-	

1. FUNDACIÓN SIMULTÁNEA DE SOCIEDAD ANÓNIMA Y LIMITADA. ESTATUTO DE LOS FUNDADORES. FUNDACIÓN SUCESIVA Y OFERTA DE ACCIONES EN MERCADOS DE VALORES. ESTATUTO DE LOS PROMOTORES

El término «*fundación*» se refiere al proceso de constitución plena de una sociedad, revista ésta la forma jurídica de anónima o de limitada, y engloba la perfección del contrato de sociedad, el otorgamiento de la escritura pública, la creación de las acciones o participaciones, la aportación del capital y la inscripción en el Registro Mercantil.

La fundación puede revestir la forma de simultánea (válida tanto para sociedad anónima como para limitada) o bien la de sucesiva (sólo para sociedades anónimas). Así, la Ley de Sociedades de Capital dispone en el apartado 1 de su artículo 19 que:

«Las sociedades de capital se constituyen por contrato entre dos o más personas o, en caso de sociedades unipersonales, por acto unilateral», en clara referencia a la sucesión simultánea, mientras que, en su apartado 2 establece que: «Las sociedades anónimas podrán constituirse también en forma sucesiva por suscripción pública de acciones», en relación, en cambio, a la sucesión simultánea.

La **fundación simultánea**, que es la que aquí nos ocupa, se caracteriza por realizarse en un sólo acto a través de los denominados «fundadores», personas que han de contar con la capacidad general para contratar, la general del Código Civil, que a su vez es la exigida para la contratación mercantil.

Así, la fundación sucesiva se llevará a cabo mediante la suscripción por parte de los fundadores de la totalidad de las acciones o participaciones, llevando a cabo los preceptivos desembolsos que serán al menos del 25% del valor nominal de las acciones (en sociedades anónimas) o de la totalidad de las participaciones (en sociedades limitadas), el otorgamiento de la escritura pública, en la que habrán de incluirse los estatutos sociales, y su inscripción en el Registro Mercantil.

1.1. ESTATUTO DE LOS FUNDADORES

En cuanto al *estatuto de los fundadores*, éste se halla integrado, como no puede ser de otra manera, por obligaciones y derechos.

Son *obligaciones* de los fundadores: 1) Suscribir la totalidad de las acciones o participaciones en la forma convenida; 2) Desembolsar al menos el 25% de las acciones y, en todo caso, el 100% de las participaciones; 3) Responder de la realidad y corrección de valoración de las aportaciones dinerarias en caso de que existan; 4) Invertir de forma adecuada los fondos destinados a constituir la sociedad; 5) Y, en general, llevar a cabo cuantos actos resulten necesarios para finalizar correctamente el proceso con la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil y su publicación en su Boletín (BORME) en el plazo legalmente establecido para ello.

Por su parte, en cuanto a los *derechos* de los fundadores, hemos de hacer sin duda referencia a la posibilidad que éstos tienen de reservarse, en los Estatutos de la sociedad, derechos especiales de contenido económico cuyo valor en conjunto, cualquiera que sea su naturaleza, no podrá exceder del 10% de los beneficios netos obtenidos conforme a balance una vez deducida la cuota destinada a reserva legal, y por un periodo máximo de 10 años (art. 27 LSC). Los estatutos habrán de prever, igualmente, un sistema de liquidación anticipada de estos derechos para el caso de que los fundadores dejen de pertenecer a la sociedad antes de

que expire el plazo máximo establecido en estatutos para disfrutar de las ventajas otorgadas en su caso.

Este derecho cuya reserva la ley les otorga se denomina «ventajas de los fundadores» y son susceptibles de transmisión, pudiendo incorporarse incluso a un título nominativo distinto de las acciones. Sin perjuicio de lo anterior, el régimen de transmisibilidad podrá restringirse en los estatutos sociales.

1.2. FUNDACIÓN SUCESIVA Y OFERTA DE ACCIONES EN MERCADO DE VALORES

La **fundación sucesiva**, que a diferencia de la simultánea, sólo puede darse en las sociedades anónimas, no en las limitadas, es un proceso más complejo de constitución plena de una sociedad, que se prevé para aquellos casos de constitución de sociedades en los que hay que reunir una gran cantidad de capital proveniente de numerosas personas.

En principio, acudir o no a este tipo de fundación de una sociedad anónima es de carácter voluntario, salvo en aquellos supuestos de promoción pública de acciones o de constitución a través de intermediarios financieros, en cuyo caso, la fundación sucesiva pasa a tener carácter obligatorio (art. 41 LSC).

La fundación sucesiva se lleva a cabo a través de los «promotores», a diferencia de la simultánea que se efectuaba a través de los fundadores. Los promotores han de contar, en este caso, con la capacidad propia del empresario, y, al igual que ocurría con los fundadores en la sucesiva, han de llevar a cabo todos los actos necesarios para que la sociedad llegue a inscribirse en el Registro Mercantil y a publicarse en su Boletín (BORME). Sin embargo, en el caso de la fundación sucesiva, como decíamos, este conjunto de actos es bastante más complejo que en la simultánea.

Los pasos a emprender para llevar a cabo la fundación sucesiva por parte de los promotores son los siguientes:

1. Comunicación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores del *Proyecto de Emisión* de la sociedad anónima a constituir.
2. Redacción del *Programa de Fundación* con las condiciones que se estimen oportunas por parte de los promotores, y en todo caso, con el siguiente contenido:
 - a) Nombre, apellidos, nacionalidad y domicilio de los promotores.
 - b) Texto literal de los estatutos que, en su caso, deban regir la sociedad.
 - c) Plazo y condiciones para la suscripción de acciones y, en su caso, la entidad o entidades de crédito donde los suscriptores deberán desembolsar la suma de dinero que están obligados a entregar para suscribirlas. Habrá de indicarse igualmente si se concede o no a los promotores la facultad de ampliar el plazo de suscripción para el caso de que fuera necesario.
 - d) En caso de que se proyecten aportaciones no dinerarias, en una o varias veces, el programa hará mención suficiente de su naturaleza y valor, del momento o momentos en que deban

efectuarse y, por último, del nombre o denominación social de los aportantes. En todo caso, se mencionará expresamente el lugar en que estarán a disposición de los suscriptores la memoria explicativa y el informe técnico sobre la valoración de las aportaciones no dinerarias previsto en la Ley de Sociedades de Capital.

e) El Registro Mercantil en el que se efectuó el depósito del programa de fundación y del folleto informativo de la emisión de acciones.

f) El criterio para reducir las suscripciones de acciones en proporción a las efectuadas, cuando el total de aquellas rebase el valor o cuantía del capital, o la posibilidad de constituir la sociedad por el total valor suscrito, sea este superior o inferior al anunciado en el programa de fundación.

Además, el programa de fundación habrá de incluir finalmente un extracto con el resumen de su contenido.

3. Depósito en la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) de:

a) Una copia completa del programa de fundación suscrito por todos los promotores, cuya firma habrá de estar legitimada notarialmente

b) Un informe técnico sobre la viabilidad de la sociedad

c) Documentos que recojan las características de las acciones a emitir y los derechos que se conceden a sus suscriptores.

d) Un folleto informativo redactado conforme a la normativa de la CNMV y suscrito por todos los promotores, y en su caso, por los intermediarios financieros que hubieren de intervenir.

4. Depósito en el Registro Mercantil de:

a) Un ejemplar impreso del programa de fundación.

b) Un ejemplar impreso del folleto informativo.

c) Certificado que acredite el depósito previo en la CNMV.

5. Publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORME) tanto del hecho del depósito como del carácter público que tiene su consulta, así como un extracto del contenido de los documentos.

6. Publicidad adicional: Una vez llevados a cabo estos pasos, se podrá llevar a cabo cualquier publicidad adicional de la sociedad proyectada, habiendo de mencionarse en la misma, las oficinas de la CNMV y del Registro Mercantil donde se han efectuado el depósito del programa de fundación y del folleto informativo, así como de las entidades bancarias donde ha de llevarse a cabo el desembolso de las acciones suscritas.

7. Suscripción y desembolso de acciones: Se suscribirán las acciones sin modificación alguna de lo previsto al respecto en el programa de fundación y en el plazo previsto en el mismo, desembolsando el 25% del valor nominal de cada una a nombre de la sociedad proyectada en la entidad bancaria designada. Si las aportaciones fueran no dinerarias, habrán de llevarse a

cabo en la forma prevista en el programa.

8. *Formalización de la Lista de Suscriptores:* Por parte de los promotores y ante Notario, en el plazo de un mes desde el día en que finalizó el de suscripción. Habrán de indicarse los datos de identificación de los suscriptores, el número de acciones que corresponde a cada uno, su clase y serie, su valor nominal, y la entidad o entidades de crédito donde se encuentren depositados el total de los desembolsos recibidos, aportando justificantes al Notario de todo ello.

9. *Redacción del Boletín del Suscriptor:* Se redactará un documento denominado Boletín de Suscripción en el que se hará constar la suscripción de acciones mencionando al menos:

- a) La denominación de la futura sociedad.
- b) La referencia a la CNMV y al Registro Mercantil donde se han depositado el programa de fundación y el proyecto informativo, así como la indicación del Boletín Oficial del Registro Mercantil donde se haya publicado el extracto.
- c) Nombre y apellidos o razón o denominación social, la nacionalidad y el domicilio del suscriptor.
- d) El número de acciones que suscribe, el valor nominal de cada una, su clase y serie, si existieren varias.
- e) La expresa aceptación por parte del suscriptor del contenido del programa de fundación.
 - f) La identificación de la entidad de crédito en la que, en su caso, se verifiquen las suscripciones y se desembolsen los importes mencionados en el boletín de suscripción.
 - g) Fecha y firma del suscriptor.

A cada suscriptor se le hará entrega de una copia del boletín de suscriptor, habiendo de quedar un ejemplar en poder de los promotores.

10. *Junta constituyente:* Habrá de convocarse por parte de los promotores una junta constituyente en el plazo de 6 meses desde el depósito del programa de fundación y del folleto informativo en el Registro Mercantil. La convocatoria, que se publicará además en el BORME; se llevará a cabo por medio de carta certificada dirigida a todos los promotores con al menos 15 días de antelación a su celebración. En la junta habrá de deliberarse al menos sobre los siguientes puntos: a) Aprobación de las gestiones realizadas hasta entonces por los promotores; b) Aprobación de los estatutos sociales; c) Aprobación del valor que se haya dado a las aportaciones no dinerarias, si las hubiere; d) Aprobación de los beneficios particulares reservados a los promotores, si los hubiere; e) Nombramiento de las personas encargadas de la administración de la sociedad; y f) Designación de la persona o personas que deberán otorgar la escritura fundacional de la sociedad.

Una vez convocada, el día de su celebración, la junta será presidida por el promotor primer firmante del programa de fundación y, en su ausencia, por aquel que elijan los promotores, actuando como secretario el suscriptor que elijan los asistentes. Para que se entienda la junta válidamente constituida habrán de existir suscriptores, en nombre propio o ajeno, que

representen al menos el 50% del total del capital suscrito.

Los acuerdos habrán de adoptarse por al menos una cuarta parte de los suscriptores que representen al menos una cuarta parte del capital suscrito. Cada suscriptor tendrá el derecho de voto que le corresponda proporcionalmente a su aportación. No obstante, se requerirá unanimidad de los suscriptores concurrentes para modificar el programa de fundación.

Finalmente, se extenderá un acta con las condiciones de constitución de la junta, los acuerdos adoptados y las propuestas formuladas firmada por el Secretario y con el visto bueno del Presidente.

11. Escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil: En el plazo de un mes desde la celebración de la junta, las personas designadas al efecto otorgarán ante notario la escritura pública de constitución de la sociedad y procederán a su presentación, de cara a su inscripción, en el Registro Mercantil del domicilio de la sociedad, en el plazo máximo de dos meses desde el otorgamiento de la escritura. Las personas facultadas por la Junta para llevar a cabo tales actos responderán solidariamente de los daños y perjuicios causados por el retraso en el otorgamiento de la escritura o en su presentación a inscripción en el Registro. Sin perjuicio de lo anterior, si hubiera transcurrido un año desde el depósito en el Registro Mercantil del programa de fundación y del proyecto informativo sin haberse procedido a inscribir la escritura de constitución, los suscriptores podrán reclamar las aportaciones desembolsadas con los frutos que las mismas hubieran producido.

Por otra parte, una vez finalizada la exposición del proceso de fundación sucesiva, siguiendo con el orden de este epígrafe, pasaremos a continuación a hacer una breve referencia a los casos en que se lleva a cabo una **oferta de acciones en el Mercado de Valores**, que, a diferencia de la regulación que con carácter general se lleva de esta materia en la Ley de Sociedades de Capital, se concibe con carácter obligatorio cuando estamos ante sociedades cotizadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 60 de la Ley 24/1989, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Así, en su Capítulo IV *bis*, bajo la rúbrica «Oferta Pública de Adquisición», se regulan los supuestos en los que se ha de llevar a cabo obligatoriamente la misma sobre la totalidad de las acciones o valores que, directa o indirectamente, pueda dar derecho a su suscripción o adquisición y dirigida a todos sus titulares a un precio equitativo.

El obligado a llevar a cabo tal oferta pública de adquisición (OPA) será aquel que alcance el control de una sociedad cotizada (i) mediante la adquisición de acciones u otros valores que confieran, directa o indirectamente el derecho a la inscripción o adquisición de acciones con derecho a voto en dicha Sociedad; (ii) mediante pactos parasociales con otros titulares de valores; (iii) o como consecuencia de los demás supuestos análogos que reglamentariamente se establezcan.

Esta obligación se aplica sólo, salvo excepciones, para sociedades con domicilio social en España cuyas acciones estén en todo o en parte admitidas a negociación en un mercado secundario oficial español.

Se entiende que el precio es equitativo cuando, como mínimo, sea igual al precio más elevado que haya pagado el obligado a formular la oferta o las personas que actúen en concierto con él por los mismos valores durante un periodo de tiempo anterior a la oferta determinado reglamentariamente y en los términos que se establezcan. No obstante, la CNMV podrá

modificar ese precio en circunstancias excepcionales, habiendo de publicar en su página web la decisión de que la oferta se formule a un precio distinto del equitativo, y motivando en todo caso tal decisión.

Se entiende que una persona física o jurídica tiene individualmente o de forma conjunta con las personas que actúan en concierto con ella, el control de una sociedad cuando: 1) alcance, directa o indirectamente, un porcentaje de derechos de voto igual o superior al 30%; o bien, 2) cuando haya alcanzado una participación inferior y designe un número de consejeros que, unidos, en su caso, a los que ya se hubieran designado, representen más de la mitad de los miembros del órgano de la administración social.

No obstante, la CNMV dispensará condicionalmente de la obligación de formular la oferta pública de adquisición en el caso de que otra persona o entidad, bien de forma directa, bien de forma indirecta, ostentara un porcentaje de voto igual o superior al del obligado a formular la oferta.

Se entiende que incumple la obligación de formular una oferta pública de adquisición quien no la presente, la presente fuera de plazo o la presente con irregularidades esenciales. La consecuencia de dicho incumplimiento será la imposición al obligado de una serie de sanciones (LMV, Título VIII), así como la privación del ejercicio de los derechos políticos derivados de los valores de la sociedad cotizada cuyo ejercicio les correspondiere en virtud de cualquier título.

-

1.3. ESTATUTO DE LOS PROMOTORES

Son *obligaciones* de los promotores las relativas a la llevanza de todos los actos a que hemos hecho referencia con anterioridad en cuanto necesarios para llevar a cabo la fundación de la sociedad, proceso que habrá de finalizar con la inscripción de la misma en el Registro Mercantil y su publicación en el BORME.

Por tanto, los promotores estarán obligados a cumplir con las obligaciones asumidas frente a terceros para constituir la sociedad, la cual habrá de reembolsarles todos los gastos en que hubieran incurrido una vez fuera aprobada su gestión por la Junta constituyente. La responsabilidad por su incumplimiento, que será solidaria entre todos los promotores, no podrá ser transferida a los suscriptores salvo cuando hubieran actuado éstos con dolo o culpa.

Igualmente, los promotores *responderán* solidariamente de la realidad y exactitud de la lista de suscriptores, de la autenticidad del desembolso y de su entrega a la sociedad, y de la inversión de los gastos ocasionados por el proceso fundacional, así como de todas las declaraciones que llevarán a cabo en el programa y en el folleto informativo. Y lo harán frente a todos aquellos a quienes pudiera haber causado algún daño con dichos actos, esto es, frente a la Sociedad y frente a terceros.

El principal *derecho* de los promotores consistirá en la posibilidad de reservarse las mismas *ventajas* que los fundadores, que habrán de ser aprobadas, en todo caso, por la junta constituyente (en la que no votarán si tuvieran la doble condición de promotores y suscriptores).

2. CONSTITUCIÓN: ESCRITURA E INSCRIPCIÓN Y ESTATUTOS. SOCIEDAD IRREGULAR Y EN FORMACIÓN. NULIDAD DE LA SOCIEDAD. CAUSAS Y EFECTOS DE SU DECLARACIÓN. SOCIEDAD DE HECHO. SOCIEDADES UNIPERSONALES

Si con anterioridad, en el desarrollo del proceso de constitución de sociedades, a través de la fundación simultánea y de la sucesiva, nos referíamos a los actos de otorgamiento de escritura pública y de inscripción en el Registro Mercantil, es ahora cuando vamos a analizar las formalidades de ambos actos así como su contenido.

2.1. CONSTITUCIÓN: ESCRITURA E INSCRIPCIÓN Y ESTATUTOS

La escritura de constitución de una sociedad es aquel documento, elevado a público ante notario, en el que las partes incluyen las menciones necesarias para llevar a cabo la correcta constitución de la sociedad, así como los estatutos de la misma. Ha de ser otorgada por todos los socios fundadores, fueran éstos personas físicas o jurídicas. Podrán comparecer ante el notario para otorgar la escritura tanto por sí como por medio de representante, y habrán de asumir la totalidad de las participaciones sociales (en el caso de las SL) o de suscribir la totalidad de las acciones (en el caso de las SA), acreditando el desembolso del 100% del valor nominal de las participaciones (SL) o, en su caso, de, al menos, el 25% del valor nominal de las acciones (SA).

La escritura de constitución ha de tener un *contenido mínimo*, de conformidad con lo establecido en el artículo 22 LSC, *de forma genérica*, esto es, con independencia de que la misma sea una sociedad anónima o una sociedad limitada. Este contenido mínimo es el siguiente:

1. *La identidad del socio o socios.* Se identificará a los socios personas físicas con el nombre, los apellidos, la edad, la profesión, el estado civil, la nacionalidad y el domicilio. Se identificará a los socios personas jurídicas con la denominación social, la nacionalidad y el domicilio social.
2. *La voluntad de constituir una sociedad de capital*, con elección de un tipo social determinado.
3. Las *aportaciones* que cada socio realice o, en el caso de las anónimas, se haya obligado a realizar, y la numeración de las participaciones o de las acciones atribuidas a cambio.

Cuando la aportación fuese dineraria, los socios podrán, o bien entregar el dinero al notario autorizante para que él mismo constituya el depósito a nombre de la sociedad, o bien, acreditar ante dicho notario autorizante, mediante certificación, el depósito de las cantidades en una entidad de crédito. En este último caso, el notario dará fe de que se le ha exhibido la precitada certificación y la incorporará a la escritura. A estos efectos, la fecha del depósito no

podrá ser anterior en más de dos meses a la de la escritura de constitución o a la del acuerdo de aumento de capital (art. 132 RRM).

En cambio, cuando la aportación fuese no dineraria, se describirán en la escritura los bienes o derechos objeto de la aportación, con indicación de sus datos registrales, si los tuviera, el título o concepto de la aportación así como el valor de cada uno de ellos. Si se tratase de la aportación de una empresa o establecimiento comercial, industrial o de servicios, se describirán, igualmente, en la escritura, los bienes y derechos registrables y se indicará el valor del conjunto o unidad económica objeto de aportación. El informe exigido para el caso de aportaciones no dinerarias se incorporará a la escritura de constitución de la sociedad, depositándose testimonio notarial del mismo en el Registro Mercantil (art. 133 RRM).

4. La *identidad* de la persona o personas que se encarguen inicialmente de la administración y de la representación de la sociedad.

Para el caso de que la sociedad lo fuera de responsabilidad limitada, la escritura de constitución habrá de contener, además de lo anterior, expresión del modo concreto en que se organice inicialmente la administración siempre y cuando los estatutos prevean diferentes alternativas a la hora de fijar la estructura del órgano de administración.

Para el caso de que la sociedad fuera anónima, la escritura de constitución habrá de contener además del contenido genérico anteriormente analizado, referencia expresa a la cuantía total de los gastos de constitución satisfechos, así como, aunque fuera aproximadamente, la de los gastos previstos hasta la inscripción.

Además, los socios fundadores y promotores podrán incluir, como *menciones voluntarias*, todos los pactos y condiciones que estimen convenientes siempre que nos sean contrarios a la ley o a la propia configuración de la sociedad anónima.

Así, junto a todas estas menciones necesarias, genéricas (aplicables a sociedades anónimas y limitadas) y específicas (aplicables sólo a sociedades anónimas o sólo a limitadas), y a las menciones *voluntarias*, la escritura de constitución habrá de contener igualmente los denominados estatutos sociales.

Los *estatutos sociales* son el documento donde se hace constar por parte de los socios las normas básicas de funcionamiento interno que rigen una sociedad. Los estatutos son estáticos en el sentido de que son normas con vocación de estabilidad relativa, pero son dinámicos, a su vez, en cuanto, a pesar de su vocación de estabilidad, cuentan con la flexibilidad de poder ser modificados con los requisitos de quórum y consenso de mayorías previstos en la LSC y a los que nos referiremos en el tema 6 de este manual.

El contenido de los estatutos deberá recoger:

1. *La denominación de la sociedad*. Habrá que acreditar al notario la obtención del certificado de denominación del Registro Mercantil, que no es otra cosa que una certificación que lleva a cabo el Registro Mercantil Central de que la denominación de la sociedad no es idéntica a alguna de las que ya figuran incluidas en la sección de denominaciones del Registro Mercantil Central. Este certificado recogerá la expresión denominativa con la que va a ser identificada la sociedad como sujeto de derechos y obligaciones en todas sus relaciones jurídicas.

2. *El objeto social*, determinando las actividades que lo integran. Este objeto habrá de ser posible, lícito y determinado. No podrán incluirse en el objeto social los actos jurídicos necesarios para la realización o desarrollo de las actividades indicadas en él. Tampoco podrá incluirse como parte del objeto social la realización de cualesquiera otras actividades de lícito comercio ni emplearse expresiones genéricas de análogo significado (art. 117 RRM).

3. *El domicilio social*. Éste es un elemento fundamental de toda sociedad pues determina su nacionalidad. Las sociedades de capital fijarán su domicilio, dentro del territorio español, en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación. Además, las sociedades de capital cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro del territorio español deberán tener su domicilio en España.

4. *El capital social, las participaciones o las acciones en que se divida, su valor nominal y su numeración correlativa*. Si la sociedad fuera de responsabilidad limitada expresará el número de participaciones en que se divida el capital social, el valor nominal de las mismas, su numeración correlativa y, si fueran desiguales, los derechos que cada una atribuya a los socios y la cuantía o la extensión de éstos. Si la sociedad fuera anónima expresará las clases de acciones y las series, en caso de que existieran; la parte del valor nominal pendiente de desembolso, así como la forma y el plazo máximo para satisfacerlo; y si las acciones están representadas por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta. En caso de que se representen por medio de títulos, deberá indicarse si son las acciones nominativas o al portador y si se prevé la emisión de títulos múltiples.

5. *El modo o modos de organizar la administración de la sociedad*, (administrador único, varios administradores solidarios o mancomunados, o consejo de administración), el número de administradores o, al menos, el número máximo y el mínimo, así como el plazo de duración del cargo y el sistema de retribución, si la tuvieran. En las sociedades comanditarias por acciones se expresará, además, la identidad de los socios colectivos.

6. *El modo de deliberar y adoptar sus acuerdos los órganos colegiados de la sociedad*. En los estatutos se deberá respetar los porcentajes exigidos legalmente para deliberar y adoptar acuerdos por parte de los órganos sociales, pero se tomarán como mínimos exigibles, esto es, se podrán establecer porcentajes distintos a los legales siempre que fueran superiores a éstos.

7. *Duración de la sociedad*. No es un contenido de inclusión obligatoria en los estatutos, ya que en caso de no disponerse en los mismos nada al respecto, se habrá de entender que la sociedad tiene una duración indefinida.

8. *Fecha de comienzo de las operaciones sociales*.

9. *Fecha de cierre del ejercicio social*. No es un contenido obligatorio, ya que si no se dispone fecha de cierre alguna específica en los estatutos sociales, se entenderá que es el 31 de diciembre de cada año.

10. *Restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones*, cuando se hubiesen estipulado.

11. *Régimen de prestaciones accesorias* en caso de que se pretendan establecer.

12. *Derechos especiales de fundadores o promotores* si así se reconocen.

13. Cualesquiera otras menciones lícitas que los fundadores o la junta constituyente quieran incluir.

Una vez tenemos otorgada la escritura pública de constitución con el contenido anteriormente expresado, ésta deberá ser presentada, para su *inscripción*, por parte de los socios fundadores o de los administradores de la sociedad o de quienes hubieran sido apoderados para ello, *en el Registro Mercantil* del lugar donde radique su domicilio social. De hecho, los socios fundadores y los administradores de la sociedad tendrán las facultades necesarias para la presentación de la escritura de constitución en el Registro Mercantil y, en su caso, en los de la Propiedad y de Bienes Muebles, así como para solicitar o practicar la liquidación y hacer el pago de los impuestos y gastos correspondientes, y no sólo eso, sino que tendrán la obligación de presentar a inscripción en el Registro Mercantil la escritura de constitución en el plazo de dos meses desde la fecha de otorgamiento. En caso de que incumplan dicha obligación habrán de responder solidariamente de los daños y perjuicios causados.

La consecuencia fundamental de la inscripción de la sociedad de capital en el Registro Mercantil es la adquisición de la personalidad jurídica y, por tanto, la posibilidad de actuar como sujeto titular de obligaciones y derechos en el tráfico jurídico, esto es, frente a terceros.

Una vez inscrita la sociedad en el Registro Mercantil, el registrador mercantil remitirá para su publicación al *BORME* los datos relativos a la escritura de constitución que reglamentariamente se determinen.

2.2. SOCIEDAD IRREGULAR Y EN FORMACIÓN

La sociedad proyectada, como hemos visto hasta el momento, ha de cumplir con ciertos actos, pasos y formalidades en su proceso de nacimiento, de constitución. Sin embargo, hay ocasiones en las que la sociedad no llega a nacer porque no se llegan a llevar a cabo todos los actos necesarios para su nacimiento. Es precisamente por ello, que resulta necesario abordar el estudio de qué sucede cuando la sociedad no llega a tener personalidad jurídica (sociedad irregular) y cuál es el régimen de la sociedad en la fase previa a la adquisición de esa personalidad jurídica (sociedad en formación).

La *sociedad irregular* es aquella que deviene en aquellos casos en que no existe voluntad por parte de los fundadores o promotores de inscribir la sociedad en el Registro Mercantil, o en aquellos otros en que transcurre un año desde que se otorgó la escritura pública de constitución sin que se haya solicitado siquiera la inscripción de la misma (art. 39 LSC).

El tratamiento que ha de recibir la sociedad irregular no podrá ser otro, por tanto, que la aplicación de las normas de la sociedad colectiva o, en su caso de la sociedad civil, si la sociedad, que estaría hasta el momento de devenir irregular, en formación, hubiera iniciado, o bien, continuado sus operaciones. La consecuencia fundamental de la aplicación de este régimen, por tanto, a la sociedad irregular es que los socios de ésta responderán de forma ilimitada de las deudas sociales, sin llegar, por tanto, a adquirir el régimen de responsabilidad propio de la sociedad capitalista que inicialmente se pretendía constituir.

A mayor abundamiento, cuando la sociedad deviene irregular, cualquier socio tiene derecho a instar la disolución de la sociedad ante el juez de lo mercantil del lugar del domicilio social,

así como a exigir, previa liquidación del patrimonio social, la cuota correspondiente, que se satisfará, siempre que sea posible, con la restitución de sus aportaciones (art. 40 LSC).

La sociedad en formación (arts. 36-38 LSC), en cambio, es aquella que se da durante su proceso de fundación con carácter previo a su inscripción en el Registro Mercantil.

En este periodo de tiempo en el que la sociedad aún no ha llegado a inscribirse, en efecto, se pueden llevar a cabo actos y contratos celebrados a nombre de ésta. Sin embargo, hay que distinguir dos supuestos distintos que reciben, igualmente, tratamiento jurídico distinto.

Por una parte, hemos de referirnos al régimen de los actos y contratos realizados por la sociedad en formación que, o bien (i) resultan indispensables para la inscripción de la sociedad, o bien (ii) son realizados por los administradores en ejercicio de las facultades a ellos conferidas por la escritura para la fase anterior a la inscripción o por personas con mandato específico de los socios. En este caso, será la sociedad en formación la que habrá de responder de los mismos con el patrimonio que ésta tuviere. Sólo subsidiariamente, los socios, responderían personalmente, y lo harían además con un límite, que como no puede ser de otra manera, será el límite de lo que se hubieran obligado a aportar. Hay que tener en cuenta a estos efectos que, salvo que la escritura o los estatutos sociales dispongan otra cosa, si la fecha de comienzo de las operaciones coincide con el otorgamiento de la escritura fundacional, se entenderá que los administradores están facultados para el pleno desarrollo del objeto social y para realizar toda clase de actos y contratos. A mayor abundamiento, en estos casos, una vez inscrita la sociedad, quedará ésta obligada por tales actos y contratos, así como por aquellos otros que la sociedad inscrita acepte dentro del plazo de tres meses desde su inscripción.

Por otra parte, hemos de referirnos al régimen de los actos y contratos por la sociedad en formación que no resultan necesarios para la inscripción de la sociedad ni fueron realizados por administradores o personas con mandato de los socios. En este caso, y a diferencia del anterior, serán aquellos que hubieran realizado tales actos y contratos los que de ellos **habrán de responder solidaria e ilimitadamente.**

En ambos supuestos, cesará la responsabilidad solidaria de socios, administradores y representantes de la sociedad una vez inscrita, si bien, en caso de que el resultado de sumar al valor del patrimonio social, el de los gastos indispensables para la inscripción de la sociedad, resultara inferior a la cifra del capital social, los socios estarán obligados a cubrir la diferencia.

2.3. NULIDAD DE LA SOCIEDAD, CUSAS Y EFECTOS DE SU DECLARACIÓN

En algunas ocasiones, a pesar de que la sociedad de capital se ha constituido cumpliendo los requisitos formales para ello, incluso de otorgamiento de escritura e inscripción en el Registro Mercantil, puede haber pasado inadvertido un vicio de tal importancia que la invalide por completo. Es en estos casos, en los que tenemos una sociedad que se ha constituido formalmente pero que es absoluta y radicalmente inválida, en los que nos encontramos ante la institución jurídica de la nulidad de la sociedad.

La nulidad de la sociedad de capital, por las peculiares y especiales características de la misma, no puede regirse únicamente por el régimen general de la nulidad de contratos, por lo que la Ley de Sociedades de Capital regula las causas y efectos de la declaración de la nulidad de la sociedad en sus artículos 56 y 57. No puede predicarse lo mismo respecto a la sociedad no inscrita, que no resulta merecedora de la adquisición de la personalidad jurídica propia de la sociedad de capital, y que habrá de regirse su régimen de nulidad por aquel que el Código Civil prevé de forma genérica para los contratos:

Así, establece la LSC que «una vez inscrita la sociedad», en clara referencia a la distinción que acabamos de llevar a cabo, son *causas de nulidad* de la misma (art. 56 LSC), las siguientes:

1. No haber concurrido en el acto constitutivo la voluntad efectiva de, al menos, dos socios fundadores, en el caso de pluralidad de éstos o del socio fundador cuando se trate de sociedad unipersonal.
2. Incapacidad de todos los socios fundadores.
3. No expresarse en la escritura de constitución las aportaciones de los socios.
4. No expresarse en los estatutos la denominación de la sociedad.
5. No expresarse en los estatutos el objeto social o ser éste ilícito o contrario al orden público.
6. No expresarse en los estatutos la cifra del capital social.
7. No haberse desembolsado íntegramente el capital social en las sociedades de responsabilidad limitada.
8. No haberse realizado el desembolso mínimo exigido por la ley en las sociedades anónimas.

Esta lista de causas de nulidad es una lista cerrada y, por tanto, ninguna otra causa podrá servir de base para ejercitar acción de nulidad alguna contra una sociedad de capital.

Una vez se aprecie la existencia de una causa de nulidad, cualquier persona podrá instar la acción de nulidad de la sociedad ante el juzgado de lo mercantil del domicilio social de la misma. Esta acción dará lugar a la apertura de un procedimiento judicial que habrá de terminar, en caso de apreciarse la existencia de tal vicio de nulidad, con una sentencia que declare la nulidad de la sociedad. La sentencia habrá de ser inscrita en el Registro Mercantil y publicada en el BORME con el objetivo de dar protección a los terceros mediante la publicidad.

Por tanto, los *efectos de la nulidad* de la sociedad son los siguientes (art. 57 LSC):

1. Apertura de la liquidación de la sociedad que habrá de seguir el procedimiento previsto en la Ley para los casos de disolución.
2. No afectará a la validez de las obligaciones o de los créditos de la sociedad frente a terceros, ni a la de los contraídos por éstos frente a la sociedad, sometiéndose unas y otros al régimen propio de la liquidación. Este no es sino un ejemplo más del diferente régimen jurídico de la nulidad de la sociedad con respecto a la nulidad general, ya que, mientras que

ésta se trata de una nulidad «*ex nunc*», la general es una nulidad «*ex tunc*». Esto es, se consideran válidos los pactos realizados frente a terceros antes de la declaración de nulidad de la sociedad aunque la misma no hubiera debido tener nunca existencia jurídica, y ello para proteger a los terceros de buena fe que con ella pudieran haber contratado en aras de garantizar el principio de seguridad jurídica.

3. En las sociedades de responsabilidad limitada, cuando la sociedad sea declarada nula por no haberse desembolsado íntegramente el capital social, los socios estarán obligados a desembolsar la parte que hubiera quedado pendiente.

4. En las sociedades anónimas, cuando el pago a terceros de las obligaciones contraídas por la sociedad declarada nula así lo exija, los socios estarán obligados a desembolsar la parte que hubiera quedado pendiente.

2.4. LA SOCIEDAD DE HECHO

A pesar de que en la doctrina y en la jurisprudencia no parece haber acuerdo sobre el alcance exacto del concepto sociedad de hecho, llegando algún sector doctrinal incluso a identificarla de manera genérica con la sociedad irregular, podemos definirla, en sentido estricto, como aquella que, a diferencia de la sociedad irregular, ha sido constituida de conformidad con las normas formales legalmente establecidas para ello, y actúa en el tráfico jurídico con la apariencia de una sociedad anónima o limitada, estando incluso inscrita en el Registro Mercantil como tal, y ello, pese a que incurre en la misma un vicio de nulidad tal, que otorga el derecho a cualquiera a pedir la declaración judicial de tal nulidad con la consiguiente apertura del procedimiento de liquidación, sin que ello pueda afectar, como decíamos en el epígrafe anterior, a las obligaciones o créditos de la sociedad de hecho frente a terceros, ni a los contraídos por éstos frente a la sociedad (art. 57.2 LSC).

2.5. SOCIEDADES UNIPERSONALES

Son sociedades unipersonales aquellas en que la totalidad de su capital social pertenece a un único socio, sea éste persona física, sea éste persona jurídica.

Hay dos clases de sociedades unipersonales, las originarias, que son aquellas que se constituyen con un único socio, y las sobrevenidas, que son aquellas que se constituyen con dos o más socios pero que, finalmente, todas las acciones o participaciones, pasan a ser propiedad de un sólo socio (art. 12 LSC).

Las sociedades unipersonales podrán adoptar tanto la forma de sociedades anónimas (SAU) como la de sociedades limitadas (SLU).

En la sociedad unipersonal es especialmente relevante la publicidad de cara a la protección e información de terceros que pudieran contratar con ella en el seno del tráfico jurídico mercantil. Así, tanto la constitución de una sociedad unipersonal (unipersonal originaria), como la declaración de tal situación como consecuencia de haber pasado un único socio a ser propietario de todas las participaciones sociales o de todas las acciones (unipersonalidad

sobvenida), como los casos contrarios, esto es, la pérdida de tal situación o el cambio del socio único como consecuencia de haberse transmitido alguna o todas las participaciones o todas las acciones, se harán constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil. En la inscripción se expresará necesariamente la identidad del socio único.

Hasta tal punto es relevante la publicidad de la situación de unipersonalidad de una sociedad que en caso de adquisición sobvenida de la misma sin haberla inscrito en el Registro Mercantil, el socio único habrá de responder personal, ilimitada y solidariamente de las deudas sociales contraídas durante el periodo de unipersonalidad.

En cuanto al régimen de los órganos sociales dentro de la sociedad unipersonal, las decisiones del socio único se consignarán en acta, bajo su firma o la de su representante, pudiendo ser ejecutadas y formalizadas por el propio socio o por los administradores de la sociedad. Así, el socio único adoptará sus decisiones en ejercicio de las facultades propias de una junta de socios o accionistas en sociedades limitadas o anónimas no unipersonales.

Por su parte, la sociedad unipersonal podrá adoptar cualquiera de las formas de órgano de administración admitidas en derecho, esto es, un administrador único, varios mancomunados o solidarios o, incluso, un consejo de administración.

La sociedad unipersonal podrá celebrar contratos con el socio único, si bien la sociedad deberá hacerlos constar por escrito o en la forma documental que exija la ley de acuerdo con su naturaleza, y, en todo caso, éstos habrán transcribirse a un libro registro de la sociedad que habrá de ser legalizado conforme a lo dispuesto para los libros de actas de las sociedades. En la memoria anual se hará referencia expresa e individualizada a estos contratos, con indicación de su naturaleza y condiciones. A mayor abundamiento, si el socio único o incluso si la sociedad fueran declaradas en concurso de acreedores, no serán oponibles estos contratos en cuanto no hubieran sido transcritos al libro registro y/o no se hallen referenciados en la memoria anual o lo hayan sido en memoria no depositada con arreglo a la ley.

Asimismo, el socio único no deberá obtener ventaja en perjuicio de la sociedad a consecuencia de la celebración de estos contratos. De lo contrario, habrá de responder frente a la propia sociedad, durante el plazo de dos años desde la fecha en que se celebraran, de esas ventajas que directa o indirectamente hubiera obtenido en perjuicio de ésta (art. 16 LSC).

~~3. APORTACIONES Y PRESTACIONES ACCESORIAS. TIPOS DE APORTACIÓN. CONTROL DEL DESEMBOLSO DINERARIO. SANEAMIENTO DE APORTACIÓN EN ESPECIE: INFORMES Y PROBLEMAS DE VALORACIÓN~~

~~3.1. APORTACIONES Y PRESTACIONES ACCESORIAS. TIPOS DE APORTACIÓN~~

Se pueden definir las **aportaciones** como aquella cantidad de dinero o aquellos bienes o derechos susceptibles de valoración económica que los socios entregan a la sociedad a cambio

de la participación en un porcentaje del capital social de la misma proporcional al valor de lo aportado.

Se puede hablar de dos tipos de aportaciones, por una parte, de aportaciones dinerarias, y por otra, de aportaciones no dinerarias.

Son *aportaciones dinerarias* las que, como su propio nombre indica, consisten en entregas de dinero. El artículo 61 de la LSC prevé que las aportaciones dinerarias habrán de establecerse en euros, y si se hicieran en otra moneda, habrá, en todo caso, de determinarse, igualmente, su equivalencia en euros.

Son, en cambio, *aportaciones no dinerarias*, aquellas aportaciones que consisten en bienes, industria o derechos susceptibles de valoración económica. En este caso, lo más relevante, por encontrarse en ello la mayor dificultad, es determinar un valor real de tales aportaciones que se corresponda con las características de las mismas. Por ello, en la escritura de constitución o de ejecución del aumento de capital social, habrán de describirse los bienes, derechos o industria aportados con todos sus datos, incluso los registrales si los tuvieren, así como la valoración en euros que se les atribuya, y por último, la numeración de las acciones o participaciones asignadas al aportante en retribución o contraprestación de lo aportado.

Así, una vez analizado el concepto y tipos de aportación, pasaremos a abordar el concepto de prestación accesorias, que no puede ser confundido con el primero.

Se entiende por **prestaciones accesorias** aquellas obligaciones asumidas por socios o accionistas, y que son distintas de las aportaciones. Se consideran también prestaciones accesorias las eventuales cláusulas penales inherentes al incumplimiento de las obligaciones que representan las mismas.

Pueden tener carácter gratuito o retribuido. En el caso de que sean retribuidas los estatutos determinarán la compensación que hayan de recibir los socios que las realicen, compensación cuya cuantía no podrá exceder, en ningún caso, del valor correspondiente a la prestación.

Las prestaciones accesorias tienen carácter estatutario, en tanto en cuanto son los estatutos los que tienen que establecerlas. Así, podrán estar establecidas en los estatutos como obligatorias, bien ligadas a todos o a algunos de los socios, o bien vinculadas no a socios en concreto, sino a la titularidad de una o varias participaciones sociales o acciones concretamente determinadas. A mayor abundamiento, este carácter estatutario en cuanto a su creación, implica que, igualmente, cualquier modificación y/o extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias deberá acordarse con los requisitos previstos para la modificación de los estatutos y requerirá, además, el consentimiento individual de los obligados.

Las participaciones o acciones con prestación accesorias pueden ser transmitidas siendo necesaria la autorización de la sociedad para las transmisiones voluntarias por actos *inter vivos* (art. 88 LSC). La sociedad dará su autorización a la transmisión, salvo disposición contraria de los estatutos, a través de la junta general si la sociedad es limitada, y a través de los administradores si la sociedad fuera anónima. No obstante, si el transmitente hubiera solicitado a la sociedad autorización para llevar a cabo la transmisión, y ésta no hubiera procedido a concederla en el plazo de dos meses desde la solicitud, se entenderá que la misma

ha sido autorizada en una suerte de autorización tácita.

3.2.- CONTROL DEL DESEMBOLO DINERARIO

El desembolso dinerario se puede definir como el depósito a nombre de la sociedad del valor nominal de cada acción o participación.

En todo caso, el desembolso de aportaciones dinerarias habrá de controlarse en virtud de acreditación ante el Notario autorizante tanto cuando se lleva a cabo con ocasión de la constitución de la sociedad como cuando se lleva a cabo con ocasión de un aumento del capital social de la misma. Esta acreditación, tal y como hemos explicado ya con anterioridad en este tema al explicar la escritura de constitución de la sociedad, habrá de llevarse a cabo, bien mediante certificación de la entidad bancaria donde se ha llevado a cabo el depósito del desembolso de la aportación (cuya vigencia será de dos meses desde la fecha de su emisión), bien mediante entrega al mismo Notario autorizante de la cantidad de dinero de que se trate para que él mismo haga el depósito de dicha aportación a nombre de la sociedad (art. 62 LSC).

3.3. SANEAMIENTO DE APORTACIÓN EN ESPECIE: INFORMES Y PROBLEMAS DE VALORACIÓN

En relación a las aportaciones no dinerarias se plantean tres problemas fundamentales ante la dificultad que esta modalidad de aportación puede ofrecer en torno a: 1) El régimen de saneamiento de lo aportado; 2) La realidad y valoración de lo aportado y el régimen de responsabilidad con respecto a la valoración llevada a cabo.

Así, y en primer lugar, con respecto al *régimen de saneamiento* de las aportaciones en especie, habremos de distinguir entre los siguientes supuestos:

—*Si la aportación consistiese en bienes muebles o inmuebles o derechos asimilados a ellos:*

En este caso, el aportante estará obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la aportación en los términos establecidos por el Código Civil para el contrato de compraventa, y se aplicarán las reglas del Código de Comercio sobre el mismo contrato en materia de transmisión de riesgos (art. 64 LSC).

—*Si la aportación consistiere en un derecho de crédito:* En este supuesto, el aportante responderá de la legitimidad de éste y de la solvencia del deudor (art. 65 LSC).

—*Si se aportase una empresa o establecimiento:* En cuyo caso, el aportante quedará obligado al saneamiento de su conjunto, siempre y cuando el vicio o la evicción afectasen a la totalidad o a alguno de los elementos esenciales para su normal explotación. Igualmente, procederá el saneamiento individualizado de aquellos elementos de la empresa aportada que sean de importancia por su valor patrimonial (art. 66 LSC).

En segundo lugar, y con respecto a la realidad y valoración de las aportaciones no dinerarias, la LSC distingue entre las obligaciones que al respecto vinculan a la sociedad anónima de las

relativas a la sociedad limitada.

Así, **en el caso de la sociedad anónima**, la LSC obliga a que se lleve a cabo un informe por parte de uno o varios expertos independientes, con competencia profesional, que han de ser designados por el registrador mercantil del domicilio social (art. 67 LSC).

Este informe habrá de contener la descripción de lo aportado con datos registrales si existieren, así como su valoración, indicando cuáles han sido los criterios utilizados para llegar a dicho resultado, y si se corresponde con el valor nominal, y, en su caso, con la prima de emisión de las acciones emitidas como contrapartida de lo aportado. El valor que se dé a la aportación en la escritura social no podrá ser superior a la valoración realizada por los expertos.

Como resulta lógico, el experto que ha realizado la valoración habrá de responder frente a la sociedad, en el plazo de cuatro años desde la emisión de su informe, frente a los accionistas y los acreedores, de los daños causados por la valoración, y quedará exonerado si acredita que ha aplicado la diligencia y los estándares propios de la actuación que le haya sido encomendada (art. 68 LSC).

A pesar de lo expuesto, hay excepciones en las que el informe del experto no será necesario. Estas excepciones, previstas en el artículo 69 de la LSC, son las siguientes:

1. Cuando la aportación no dineraria consista en valores mobiliarios que coticen en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado o en instrumentos del mercado monetario. Estos bienes se valorarán al precio medio ponderado al que hubieran sido negociados en uno o varios mercados regulados en el último trimestre anterior a la fecha de la realización efectiva de la aportación, de acuerdo con la certificación emitida por la sociedad rectora del mercado secundario oficial o del mercado regulado de que se trate. Si ese precio se hubiera visto afectado por circunstancias excepcionales que hubieran podido modificar significativamente el valor de los bienes en la fecha efectiva de la aportación, los administradores de la sociedad deberán solicitar el nombramiento de experto independiente para que emita informe.

2. Cuando la aportación consista en bienes distintos de los señalados en la letra anterior cuyo valor razonable se hubiera determinado, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la realización efectiva de la aportación, por experto independiente con competencia profesional no designado por las partes, de conformidad con los principios y las normas de valoración generalmente reconocidos para esos bienes.

3. Si concurrieran nuevas circunstancias que pudieran modificar significativamente el valor razonable de los bienes a la fecha de la aportación, los administradores de la sociedad deberán solicitar el nombramiento de experto independiente para que emita informe. En este caso, si los administradores no hubieran solicitado el nombramiento de experto debiendo hacerlo, el accionista o los accionistas que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social, el día en que se adopte el acuerdo de aumento del capital, podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un experto para que se efectúe la valoración de los activos. La solicitud podrán hacerla hasta el día de la realización efectiva de la aportación, siempre que en el momento de presentarla continúen representando al menos el cinco por ciento del capital social.

4. Cuando en la constitución de una nueva sociedad por fusión o escisión se haya elaborado un informe por experto independiente sobre el proyecto de fusión o escisión:

5. Cuando el aumento del capital social se realice con la finalidad de entregar las nuevas acciones o participaciones sociales a los socios de la sociedad absorbida o escindida y se hubiera elaborado un informe de experto independiente sobre el proyecto de fusión o escisión:

6. Cuando el aumento del capital social se realice con la finalidad de entregar las nuevas acciones a los accionistas de la sociedad que sea objeto de una oferta pública de adquisición de acciones:

No obstante, cuando las aportaciones no dinerarias se efectuaran sin informe de expertos independientes designados por el Registro Mercantil, los administradores serán los encargados de elaborar un informe en el que se detalle:

– La descripción de la aportación.

– El valor de la aportación, el origen de esa valoración y, cuando proceda, el método seguido para determinarla.

– Si la aportación hubiera consistido en valores mobiliarios cotizados en mercado secundario oficial o del mercado regulado de que se trate o en instrumentos del mercado monetario, se unirá al informe la certificación emitida por su sociedad rectora.

– Una declaración en la que se precise si el valor obtenido corresponde, como mínimo, al número y al valor nominal y, en su caso, a la prima de emisión de las acciones emitidas como contrapartida.

– Una declaración en la que se indique que no han aparecido circunstancias nuevas que puedan afectar a la valoración inicial.

Una copia del informe del experto o, en su caso, del informe de los administradores deberá depositarse en el Registro Mercantil y se incorporará como anexo a la escritura de constitución de la sociedad o a la de ejecución del aumento del capital social.

Los fundadores responderán solidariamente frente a la sociedad, los accionistas y los terceros de la realidad de las aportaciones sociales y de la valoración de las no dinerarias. La responsabilidad de los fundadores alcanzará incluso a las personas por cuya cuenta hayan obrado éstos (art. 77 LSC).

Sin embargo, **en relación a la sociedad limitada**, los responsables de la realidad de las aportaciones, así como del valor dado a las mismas en la escritura de constitución o de aumento de capital, serán los fundadores, los que ostentaran la condición de socio en el momento de acordarse el aumento de capital y aquellos que adquieran una participación desembolsada mediante aportaciones no dinerarias, y todos ellos, lo harán solidariamente, tanto frente a la sociedad como frente a los acreedores sociales.

Esta responsabilidad alcanzará también a las personas por cuya cuenta obraran los fundadores, pero no a los socios que hubieran hecho constar, en el caso de un aumento de capital social, su oposición al acuerdo o a la valoración atribuida a la aportación.

En caso de aumento del capital social con cargo a aportaciones no dinerarias, además de las personas a que se refiere el apartado primero, también responderán solidariamente los administradores por la diferencia entre la valoración que hubiesen realizado y el valor real de las aportaciones (art. 73 LSC).

No obstante lo anterior, es decir, el régimen legal de valoración de aportaciones no dinerarias en la sociedad limitada, los socios podrán optar por someter sus aportaciones no dinerarias a valoración pericial, en lugar de la de los administradores, en cuyo caso, quedarán excluidos de la antedicha responsabilidad.

En cualquier caso, la acción para exigir la responsabilidad deberá ser ejercitada por los administradores o por los liquidadores de la sociedad sin necesidad de acuerdo social al respecto. Esta acción podrá ser ejercida además, por cualquier socio que hubiera votado en contra del acuerdo siempre que represente, al menos, el cinco por ciento de la cifra del capital social y por cualquier acreedor en caso de insolvencia de la sociedad. La responsabilidad frente a la sociedad y frente a los acreedores sociales a que se refiere esta sección prescribirá a los cinco años a contar del momento en que se hubiera realizado la aportación (arts. 74-75 LSC).

4. DIVIDENDOS PASIVOS. MORA DEL ACCIONISTA. INCUMPLIMIENTO DEFINITIVO Y MODOS DE EXCLUSIÓN. RESPONSABILIDAD DEL VENDEDOR DE ACCIONES NO LIBERADAS

Como sabemos, las participaciones y las acciones han de estar asumidas y suscritas, respectivamente, al 100% del valor nominal de cada una de ellas en el momento de constituir la sociedad, así como en casos de aumento de capital en el momento de la ejecución de éste. Sin embargo, el régimen del desembolso difiere en la sociedad anónima con respecto a la sociedad limitada.

Así, mientras que en la sociedad limitada, las participaciones han de estar desembolsadas íntegramente, esto es, en el 100% del valor nominal de cada una de ellas, en cambio, en la sociedad anónima basta con que se haya desembolsado, al menos, una cuarta parte del valor nominal de cada una de las acciones que integran su capital social en el momento de constituir la sociedad o en el de ejecutar el aumento de capital social.

Por tanto, se pueden definir los *dividendos pasivos* como aquel porcentaje del valor nominal de las acciones de una sociedad anónima que no ha sido desembolsado al tiempo de constituir la sociedad o, en su caso, de ejecutar un aumento de capital social. En realidad, se trata de las aportaciones pendientes de llevar a cabo por parte de los accionistas para desembolsar por completo las acciones suscritas.

Cuando en una sociedad anónima se lleve a cabo un desembolso parcial de las acciones suscritas, o lo que es lo mismo, cuando existen dividendos pasivos al tiempo de constituir una sociedad o ejecutar un aumento del capital social de la misma, el accionista deberá aportar a la sociedad la porción de capital que hubiera quedado pendiente de desembolso en la forma y

dentro del plazo previsto por los estatutos sociales. La exigencia del pago de los desembolsos pendientes se notificará a los afectados o se anunciará en el BORME. Entre la fecha del envío de la comunicación o la del anuncio y la fecha del pago deberá mediar, al menos, el plazo de un mes.

En todo caso, la escritura de constitución o la escritura de aumento de capital social deberá expresar el plazo en que habrá de desembolsarse el resto del valor nominal de las acciones que se halle pendiente de desembolso. Igualmente, deberá determinar si los desembolsos futuros se van a efectuar con aportaciones dinerarias, o con nuevas aportaciones no dinerarias.

En el caso de que los desembolsos futuros se fueran a llevar a cabo con aportaciones no dinerarias, habrá de preverse adicionalmente la naturaleza, valor y contenido de estas aportaciones, así como la forma, el procedimiento y el plazo para efectuar el desembolso que, en este caso, esto es, para aportaciones no dinerarias, no podrá exceder de 5 años desde la constitución de la sociedad o la ejecución del aumento de capital social. El informe del experto o, en su caso, el informe de los administradores se incorporará como anejo a la escritura en la que conste la realización de los desembolsos aplazados (art. 80 LSC).

4.1. MORA DEL ACCIONISTA

La *mora del accionista* es la situación en que se encuentra éste cuando no abone los dividendos pasivos una vez vencido el plazo que se hubiera establecido para el pago de dicha porción de capital no desembolsado (art. 82 LSC).

Los efectos de la mora del accionista son los siguientes:

a) Con respecto a los *derechos políticos*, el accionista moroso:

1. No podrá ejercitar su derecho de voto, debiendo ser deducido el importe de sus acciones del capital social para determinar el cómputo del quórum en la junta general de accionistas.
2. No podrá ejercer el derecho a impugnar los acuerdos sociales en caso de que fueran anulables. En cambio, sí podrá impugnar los acuerdos sociales cuando fueran nulos.

b) Con respecto a los *derechos económicos*, el accionista moroso:

1. No podrá percibir dividendos (no se le suprime el derecho, sólo se le suspende y podrán ser compensados con la cuantía adeudada en concepto de dividendos pasivos reduciendo así la cuantía por desembolsar).
2. No podrá ejercer el derecho a la suscripción preferente de nuevas acciones ni de obligaciones convertibles.
3. Una vez abonado el importe de los desembolsos pendientes junto con los intereses adeudados podrá el accionista reclamar el pago de los dividendos no prescritos, pero no podrá reclamar la suscripción preferente, si el plazo para su ejercicio ya hubiere transcurrido.

4.2. INCUMPLIMIENTO DEFINITIVO Y MODOS DE EXCLUSIÓN

La sociedad podrá llevar a cabo diversas actuaciones en relación al accionista moroso. Así, la sociedad podrá, según los casos y atendida la naturaleza de la aportación no efectuada, reclamar el cumplimiento de la obligación de desembolso, con abono del interés legal y de los daños y perjuicios causados por la morosidad o enajenar las acciones por cuenta y riesgo del socio moroso.

La sociedad podrá, igualmente, ante el *incumplimiento definitivo* de la obligación de desembolso en plazo de los dividendos pasivos, proceder a la venta de las acciones. En este caso, la enajenación se verificará por medio de un miembro del mercado secundario oficial en el que estuvieran admitidas a negociación, o por medio de fedatario público en otro caso, y llevará consigo la sustitución del título originario, que será destruido, por un duplicado.

Como última alternativa, si la venta no pudiese efectuarse, la acción será amortizada, con la consiguiente reducción del capital, quedando en beneficio de la sociedad las cantidades ya desembolsadas.

-

4.3. RESPONSABILIDAD DEL VENDEDOR DE ACCIONES NO LIBERADAS

Por último, vamos a abordar, dentro de este epígrafe, el alcance y contenido de la *responsabilidad del vendedor de acciones no liberadas*.

Así, aquel que adquiere acciones no liberadas, va a responder solidariamente con todos los transmitentes que le precedan y a elección de los administradores de la sociedad, del pago de la parte no desembolsada. El adquirente que pague, podrá, no obstante, reclamar la totalidad de lo pagado de los adquirentes posteriores.

Esta responsabilidad tendrá una duración de tres años desde la fecha en que se llevara a cabo la transmisión de que se trate.

Cualquier pacto que pudiera llevarse a cabo en relación a excluir o modificar el régimen de responsabilidad solidaria legalmente establecido será nulo (art. 85 LSC).

-

CASO PRÁCTICO

format:sangrado:izq

Dos amigos y tú habéis tenido una buena idea sobre una oportunidad de negocio que entendéis que hoy en día podría tener una buena acogida en la sociedad, y estáis animados a iniciar una actividad empresarial para desarrollarla.

format:sangrado:izq

Los conocimientos que estáis adquiriendo a través de la asignatura de Derecho Mercantil que en la actualidad estáis cursando, os han ayudado a tomar la decisión de que lo mejor para vosotros es constituir una sociedad anónima.

format:sangrado:izq

Para ello, debéis emprender una serie de pasos, y adoptar un conjunto de decisiones que habréis de documentar debidamente.

format:sangrado:izq

El objetivo de este caso es que desarrolléis toda la documentación que estimáis sería necesaria para constituir la sociedad que estáis ilusionados en crear para poder desarrollar en el tráfico jurídico la actividad mercantil que habéis ideado.

BIBLIOGRAFÍA

format:sangrado:fran

AA VV, *Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1995.

format:sangrado:fran

DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Fundación de la sociedad anónima*, SEI, Madrid, 1990.

format:sangrado:fran

ENCISO ALONSO MONTAÑER, M., «La responsabilidad de los fundadores como gestores del proceso fundacional», *Revista Derecho de Sociedades* (núm. 25, 2005). Aranzadi, Pamplona, 2005.

format:sangrado:fran

GARRIGUES, J., «Fundación de la sociedad anónima», *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 1, vol. I, enero-febrero), 1946.

format:sangrado:fran

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., «Fundación de la sociedad anónima: Nulidad de la Sociedad», *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Civitas, Madrid, 1995.

format:sangrado:fran

LARGO GIL, R., «Las fusiones simplificadas y aportaciones de valores mobiliarios cotizados», *Revista de Derecho de Sociedades* (núm. 5, 2006-1), Aranzadi, Pamplona, 2006.

format:sangrado:fran

RUIZ DE VELASCO, A., *Manual de Derecho Mercantil*, Publicaciones Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2005.

TEMA 4

La Acción y la Participación Social

ABEL B. VEIGA COPO

Profesor de Derecho Mercantil. Universidad Pontificia Comillas

SUMARIO

1. La acción y la participación como parte del capital social
 2. Clases de acciones y participaciones
 3. Las formas de representación de la acción
 - 3.1. La activación del valor mobiliario
 - 3.2. Los distintos modelos de representación
 4. Acciones incorporadas en títulos nominativos y al portador
 - 4.1. Acciones nominativas y al portador, títulos nominativos y al portador
 - 4.2. La elección entre títulos nominativos y títulos al portador
 - 4.3. Modificación del régimen de representación cartular
 5. Supuestos de nominatividad obligatoria
 - 5.1. Supuestos de nominatividad obligatoria
 - 5.2. Consecuencias de la violación de la nominatividad obligatoria del art. 113 LSC
 - 5.3. El derecho del accionista recibir el título de su acción
 - 5.4. El título acción. Los títulos múltiples. La forma del título
 - 5.5. El título múltiple
 - 5.6. Títulos derivados de la acción: cupones y talones
 - 5.7. Menciones mínimas sobre el título
 - 5.8. Libro-registro de socios
 6. Transmisión de participaciones y acciones
 - 6.1. Transmisión de participaciones sociales
 - 6.2. Transmisión de las acciones
 - 6.3. La adquisición de la sociedad de sus propias acciones
- Caso práctico
Bibliografía

1. LA ACCIÓN Y LA PARTICIPACIÓN COMO PARTE DEL CAPITAL SOCIAL

El título IV de la LSC bajo un genérico enunciado agrupa el estudio de la participación social y la acción resaltando en su artículo 90 como nota común y característica de ambas el ser partes alícuotas e indivisibles del capital social. Indivisibilidad y acumulabilidad son notas que configuran a la acción y a la participación social. Forman parte del capital social, son fracción del mismo, escriturado y reflejado en los estatutos sociales.

La indivisibilidad implica que tanto la acción como la participación no son susceptibles de fraccionarse en nuevas acciones o participaciones por voluntad del titular dominical de las mismas. Sí en cambio la junta general podría acordar modificando los estatutos sociales una reducción del valor nominal de las participaciones y acciones emitidas, o en el ámbito de las sociedades cotizadas las operaciones de Split por las que se sustituyen acciones primigenias por otras de menor valor nominal y que son submúltiplos de aquellas de cara a aumentar la cantidad y volumen de acciones en el mercado, pero sin que se altere la cifra inicial de capital.

Por su parte la acumulabilidad significa que tanto las acciones como las participaciones son acumulables en su titularidad, de tal modo que una misma persona, un socio puede ser titular de una pluralidad de acciones o de participaciones, sin que las mismas pierdan su identidad e individualidad. Se es socio con independencia del volumen mayor o menor e titularidad de cuotas de interés en la sociedad, y no tantas veces socio como acciones se posean. Ese es el único sentido válido de la acumulabilidad. El mismo que permite adquirir o desprenderse de más o menos acciones o participaciones sin perder la condición de socio hasta que no se enajene la última.

El capital social se divide bien en acciones, en el caso de una sociedad anónima, bien en participaciones sociales en el de una limitada. Tienen un valor fraccionado, un valor que refleja un importe aritmético que es parte alícuota de la totalidad del capital social. Es el valor nominal que se reflejará en cada acción, en cada título si el mismo llega a existir, pero sobre todo en los estatutos sociales (artículo 23.d LSC), en los resguardos provisionales en caso de prever acciones incorporadas a títulos al portador y que todavía tengan pendientes desembolsos, o en la propia escritura de emisión si el sistema elegido de representación es el de anotaciones en cuenta.

El valor nominal es una noción nuclear tanto en la sociedad limitada como anónima. Permite calibrar y medir los derechos que un socio tiene en la sociedad, de modo que permite identificar la intensidad con que los socios ejercitan sus derechos en la sociedad en función de la cuota de interés que ostentan y que se plasman primordialmente a través de las acciones y participaciones de la sociedad. Todas las acciones y todas las participaciones sumadas arrojan la cifra del capital social. No importa que se atomice este valor nominal en importes pequeños, con lo que se elevará el número de acciones, su liquidez y se facilitará su circulabilidad. Ahora bien, no toda acción o participación de una sociedad tiene idéntico valor nominal. Una sociedad anónima puede a lo largo de su vida emitir distintas series de acciones con distintos valores nominales.

El que se proclamen como principios la acumulabilidad, la indivisibilidad y el ser parte alícuota del capital, no prescribe la necesidad de la igualdad, sino de la proporcionalidad, pues sería imposible afirmar la parte alícuota de un todo si no fueran todas las acciones y participaciones exactamente del mismo valor nominal. Tanto la acción como la participación, pese a una corriente doctrinal que afirmaba lo contrario, pueden agruparse en series, ahora bien, el valor nominal dentro de cada serie sí debe ser idéntico. La noción de valor nominal sea de una participación sea de una acción no suele coincidir a lo largo de la vida de la sociedad con el valor neto patrimonial, valor éste que se obtiene en función del valor del patrimonio social tal y como se recoge en la contabilidad. Irrumpen en el vocabulario mercantil contable nociones como las de valor razonable, valor contable, valor de mercado, o valor real, valores todos ellos que van cambiando y variando con independencia de la voluntad de los socios y la sociedad, algo que no sucede sin embargo con la noción de valor nominal petrificado en los estatutos y con vocación de estaticidad. La sociedad anónima no puede emitir acciones por debajo de su valor nominal, convirtiéndose este valor en un mínimo de aportación inderogable y que será exigido en la suscripción y desembolso. En cambio sí es lícita la emisión de acciones con prima, pagando un plus o precio superior al importe nominal del valor de la acción. El importe de la prima de emisión no se integra en el capital social, conformando una cuenta separada del pasivo y que es libremente disponible por la sociedad.

Desde el punto de vista de la acción de una sociedad anónima, es clásica la división del

estudio de la acción desde tres ámbitos o dimensiones, a saber, como parte del capital, como conjunto de derechos del socio o, en cuanto a su naturaleza, como título-valor. Aquí nos interesa primordialmente la que tiene por objeto la acción como título o más precisamente como valor mobiliario (art. 92 LSC), concepto más amplio en el que tienen cabida los diversos mecanismos previstos por la ley para la documentación o representación de las acciones. Sistemas que nos permitirán referirnos cuando exista físicamente un título a sistema cartular, y cuando estemos ante una anotación en cuenta, ante sistema tabular. El título valor, sobre el que asienta el sistema cartular, constituye el instrumento por antonomasia de documentación de la acción. Hasta tal punto es así que la expresión «acción» se emplea tanto para designar el derecho o conjunto de derechos que integran la condición de socio como el título que lo representa. Pero más allá de esta unidad del lenguaje no hay nada. La acción es la acción, la unidad de participación en la sociedad anónima, y el título es el documento que la representa.

Desde la óptica de la participación social, ésta adolece del carácter de valor mobiliario, constando su existencia pero también la transmisibilidad de la misma a través de los mecanismos e instrumentos de derecho común. Se reflejará su existencia a través de la escritura de constitución de la sociedad de responsabilidad limitada y a través de las sucesivas transmisiones de la participación que se reflejarán a través de documentación pública de cara a la fehaciencia y oponibilidad de la misma.

Tanto la participación social como la acción confieren a su titular legítimo la condición de socio atribuyéndosele en consonancia los derechos tanto de contenido político administrativo como económico patrimoniales que la ley y los estatutos otorgan al socio. Se es socio porque se es titular de una acción o de una participación social, incluso todos los copropietarios de una participación o de una acción son socios si bien a efectos de legitimación frente a la sociedad solo uno podrá ejercitar los derechos sociales. Pero no es socio ni un usufructuario ni un acreedor prendario si bien los mismos pueden estar legitimados vía estatutos sociales, vías títulos constitutivos de sus respectivos derechos limitados para el ejercicio de los derechos.

Ahora bien, la no representación física de la acción, sea ésta a través de títulos sea a través de anotaciones en cuenta, no es obstáculo para que ese socio no se repute como tal ni pueda ejercer sus derechos sociales. Serán otros los mecanismos de prueba y legitimación de su condición de titular legítimo de esa alícuota del capital social, pero sin que la no existencia de la representación y documentación merme su posición en la sociedad. La condición de socio se une a la titularidad dominical legítima bien de la acción bien de la participación social. Y aunque metafóricamente se dice que la acción es un conjunto de derechos, lo cierto es que la misma es la expresión efectiva de la condición de socio y que canaliza con su presentación o acreditación de la condición social el ejercicio efectivo de esos derechos sociales.

Nada impide a la sociedad de cara al ejercicio de algunos derechos sociales exigir determinados umbrales de porcentaje de capital social, como por ejemplo el derecho de asistencia que puede estar condicionado a la posesión de un número mínimo de acciones pero que nunca puede ser superior al uno por mil del capital social (art. 179.2 LSC), o el lograr determinados porcentajes, por ejemplo un cinco por ciento para el ejercicio de algunos derechos, p. ej., introducción de algún punto en el orden del día -complemento a la convocatoria- toda vez que y ha sido convocada la junta general (art. 172 LSC), o la misma solicitud de convocatoria por la minoría si lo soliciten uno o varios socios que representen al menos el cinco por ciento del capital social (art. 168 LSC) no son socios o no atribuye la

calidad de socio quienes posean bonos de disfrute ni tampoco bonos del fundador (artículos 341 y 27.2 LSC).

El socio, tanto en la sociedad anónima como limitada, goza y ostenta de una amplia variedad de derechos frente a la sociedad. Derechos a participar en las ganancias sociales y el patrimonio resultante en caso de liquidación de la sociedad, derecho a adquirir preferentemente acciones o participaciones cuando las mismas se emitan, derecho de información, de asistencia, de voto en las juntas, de impugnación de acuerdos sociales, etc. Derechos éstos mínimos y nucleares y que en unos casos u otros pueden atemperarse a determinadas exigencias o condiciones, como por ejemplo limitar el derecho de asistencia a un número mínimo de acciones o la exclusión del derecho de suscripción preferente (art. 308 LSC), supuestos de absorción de otra sociedad, de obligaciones convertibles, etc. Adviértase además la existencia tanto de participaciones como de acciones sin voto. Derechos además que no siempre tienen como único legitimatario y protagonistas al socio, dado que algunos, como es el caso del derecho de impugnación de los acuerdos sociales, también gozan de legitimación los administradores así como, en supuestos de nulidad terceros que ostenten un interés legítimo (art. 116 LSC). O el derecho de asistencia a la junta del comisario del sindicato de obligacionistas en caso de haber emitido la sociedad anónima las mismas (art. 427.2 LSC).

Derechos y ejercicio de derechos sociales que, en buena medida, vienen modulados en su intensidad en función de la participación o cuota que se ostente en el capital social. El principio de igualdad convive con un más genérico y puntual principio de proporcionalidad que no es sino una forma cualificada y cualitativa de igualdad. Todo socio tiene una igualdad abstracta de derechos que sin embargo se concretiza en algunos supuestos en función del porcentaje de capital social que se posea, o lo que es lo mismo, en función del valor nominal de las acciones o participaciones que reflejen sobre la cifra estatutaria de capital. Atribuir a cualesquiera socios con independencia del porcentaje de capital que poseyese una igualdad absoluta en su condición y ejercicio de derechos en la sociedad quiebra la proporcionalidad y la igualdad. No todos pueden tener el mismo tanto por ciento del derecho de voto, pero sí una igualdad absoluta para impugnar los acuerdos sociales con independencia de las acciones o participaciones que se titulen. Rige en suma un deber de igualdad de trato que impide un trato discriminatorio a los socios, si bien, esa igualdad se ancla en una premisa básica, que los socios se encuentren en idéntica situación, por lo que si las condiciones difieren, el principio de igualdad de trato claudica. Los socios tienen derecho a no verse o sentirse discriminados por la sociedad, para lo que gozarán además de una serie de derechos que les permita accionar frente a actos o decisiones de la sociedad.

Pero su igualdad se erige como una igualdad relativa que proscribe toda discriminación ante supuestos fácticos idénticos. La finalidad es clara, a saber, la tutela de los socios en cuanto tales socios y al margen del tanto por ciento del capital social que atesoren. Lo que no empece que la ley trate con especial interés la tutela de los socios minoritarios de cara a la protección de sus intereses frente a las decisiones de los órganos sociales que con mayor facilidad pueden verse influidos por la voluntad de los intereses de los mayoritarios. Determinar cuáles son y cuáles no las condiciones idénticas de los socios tal y como establece el artículo 97 LSC es una tarea ímproba que parte además de la ambigüedad del propio término y que ha de rehuir de la arbitrariedad y de los comportamientos discriminatorios. En no pocas ocasiones los parámetros que marquen o permitan incluso tratamientos desigualitarios hacia los socios habrán de basarse en la proporcionalidad, la idoneidad y la imprescindibilidad de la decisión o

acto.

Y en principio la condición de socio es libremente transmisible, siendo la cualidad de socio algo volátil y fungible, máxime en las sociedades anónimas, sociedad abiertas y donde el *intuitus personae* prácticamente no existe. Lo que no impide para que estatutariamente se puedan prever cláusulas restrictivas a la libre transmisión de la condición de socio. En cambio la sociedad de responsabilidad limitada se configura como un tipo más cerrado *per se*, más polivalente en el sentido de que es una sociedad abierta a priori pero que puede irse cerrando y haciéndose más hermética solo entre los socios iniciales, estableciéndose por ley un régimen supletorio legal a la hora de regular la transmisión de la condición social. Régimen que estatutariamente puede aún ser más restrictivo.

La acción configura la medida y la capacidad de participación del socio en la sociedad. La acción arroja el estatus de socio, pero se es socio aunque la acción físicamente no llegue a ser emitida y entregada nunca en el caso de títulos o inscrita en un registro contable de anotaciones en cuenta.

2. CLASES DE ACCIONES Y PARTICIPACIONES

Las sociedades pueden emitir o crear acciones o participaciones con diverso contenido de derechos, de modo que otorgan derechos diferentes (art. 94 LSC). Todas acciones que goza de un igual contenido de derechos pertenecen a una clase. Cuando dentro de una clase se constituyen varias series, todas las que integran una serie obligatoriamente deberán tener igual valor nominal. Rota pues la uniformidad en la conformación real de la composición societaria de una sociedad, irrumpen y conviven acciones ordinarias o comunes frente a privilegiadas. El privilegio normalmente es una preferencia, una prebenda frente al resto de ordinarios, una ventaja de contenido netamente patrimonial económica, como es el dividendo, la cuota de liquidación Igual sucede con las participaciones de una sociedad limitada. Privilegios y particularidades que, normalmente, tienen como epicentro o bien el derecho de voto, o bien la percepción de ganancias sociales.

Así las cosas, si el privilegio consiste en el derecho a obtener un dividendo preferente, las demás participaciones sociales o acciones en su caso, no podrán recibir dividendos con cargo a beneficios, mientras no se hubiere satisfecho el dividendo privilegiado correspondiente al ejercicio. La Ley obliga a la sociedad al establecimiento en los estatutos de las consecuencias de la falta de pago total o parcial del dividendo preferente, si este tiene o no carácter acumulativo en relación a los dividendos no satisfechos, así como los eventuales derechos de los titulares de estas participaciones o acciones privilegiadas en relación a los dividendos que puedan corresponder a las demás.

Por otra parte la ley en aras a reforzar tanto la igualdad como la proporcionalidad, no permite la creación de participaciones sociales ni la emisión de acciones con derecho a percibir un interés, cualquiera que sea la forma de su determinación. Incide claramente en el artículo 96 LSC en la prohibición taxativa de emitir acciones y en su caso participaciones sociales que de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal y el derecho de voto o el derecho de preferencia. Prima un tratamiento igualitario a todos los socios, pero una igualdad que se sustenta en una premisa básica, a saber, siempre que exista identidad de

condiciones y circunstancias entre los socios.

Tanto la sociedad de responsabilidad limitada como la sociedad anónima podrán crear participaciones y acciones sin derecho de voto pero siempre con un límite, en las primeras, no podrán superar su importe nominal a la mitad del capital, en las segundas, las anónimas, a la mitad del capital social desembolsado. La sociedad podrá crear acciones y participaciones sin voto tanto en el momento fundacional de la sociedad como en cualquier otro a lo largo de la vida de la sociedad, ya sea aumentando capital, ya sea a través de la conversión. No obstante los estatutos sociales podrán condicionar, limitar o prohibir la emisión de las mismas. Late como explicación a su creación una cierta función de reserva de la gestión y control societario para un determinado grupo de socios o mayoritarios, que de este modo influyen, dirigen y deciden en la vida de la sociedad.

El hecho de que estas acciones o participaciones no confieran el derecho de voto a sus titulares no impide que los mismos sean verdaderos socios. Como el resto de socios aportan y contribuyen para la realización del fin social de la sociedad, disfrutando del resto de derechos sociales que dimanen de su propia condición como socios. Su privilegio radica en que a cambio de verse privados del derecho de voto reciben una ventaja de contenido patrimonial. Adoleciendo del derecho de voto estas participaciones y acciones no se computarán a efectos del *quórum* necesario para la constitución de una junta general. En caso de junta universal a efectos de su válida celebración sí se infiere la necesidad de su asistencia a la misma como requisito *sine qua non* para su válida constitución.

Los socios titulares de participaciones sociales y las acciones sin voto tendrán derecho a percibir el dividendo anual mínimo, fijo o variable, que establezcan los estatutos sociales. Una vez acordado el dividendo mínimo, sus titulares tendrán derecho al mismo dividendo que corresponda a las participaciones sociales o a las acciones ordinarias. La sociedad, siempre que existan beneficios distribuibles, viene obligada a acordar el reparto del dividendo mínimo. De no haberlos, o habiéndolos pero insuficientes, la parte de dividendo mínimo no pagada deberá ser satisfecha dentro de los cinco ejercicios siguientes.

Como salvaguarda de este derecho y en aras de esa proporcionalidad e igualdad, en tanto no se satisfaga el dividendo mínimo, las participaciones y acciones sin voto tendrán este derecho en igualdad de condiciones que las ordinarias y conservando, en todo caso, sus ventajas económicas. El privilegio alcanza a modificaciones estatutarias tales como la reducción de capital por pérdidas, eludiendo que las mismas queden afectadas, cuando menos hasta que la reducción por pérdidas supere el valor nominal de las restantes, las ordinarias.

Si, como consecuencia de la reducción, el valor nominal de las participaciones sociales o de las acciones sin voto excediera de la mitad del capital social de la sociedad de responsabilidad limitada o del desembolsado en la anónima, deberá restablecerse esa proporción en el plazo máximo de dos años. En caso contrario, procederá la disolución de la sociedad. De igual modo y para el caso que se produzca la liquidación de la sociedad, las participaciones sociales sin voto conferirán a su titular el derecho a obtener el reembolso de su valor antes de que se distribuya cantidad alguna a las restantes. En las sociedades anónimas el privilegio alcanzará al reembolso del valor desembolsado de las acciones sin voto.

3. LAS FORMAS DE REPRESENTACIÓN DE LA ACCIÓN

3.1. LA ACTIVACIÓN DEL VALOR MOBILIARIO

El artículo 92 LSC contempla dos modalidades jurídicas especiales de configuración o representación de la acción. La primera, de raigambre tradicional, es el título-valor. La segunda, fruto de la tecnología informático contable, es la anotación en cuenta (manifestación en cierto sentido de lo que la doctrina sobre todo foránea ha acuñado como derecho-valor, despojado el título, sigue permaneciendo no obstante el derecho). La puesta en marcha de cualquiera de estos dos instrumentos especiales -y la consiguiente aplicabilidad de sus respectivos derechos especiales- no es, sin embargo, automática. La estructuración en el orden societario de los derechos de participación pasa necesariamente por la consideración del fenómeno de la incorporación. En virtud de la misma, el derecho de participación queda recogido en un valor mobiliario/negociable, sujeto a particulares leyes de tráfico, que provocan una economía de costes de transacción del derecho así como de los riesgos propios de la cesión ordinaria de derechos

Creada la acción al menos metafórica e idealmente con la constitución de la sociedad y aun elegida estatutariamente la modalidad de representación deseada, es precisa además una actividad -material y jurídica- suplementaria que los active: la impresión y entrega de los títulos en un caso y la inscripción de la emisión en los registros contables de las anotaciones en cuenta, en el otro. Propiamente no se puede hablar de acción como tal hasta tanto en cuando la misma no sea emitida y entregada, no sólo impresa, sino además es necesario que opere la tradición a su verdadero dueño o titular, y, en su caso, inscrita en el registro de anotaciones en cuenta, para que en puridad exista acción, de lo contrario estamos ante la cuota o derecho de participación en la sociedad.

Si esa actividad suplementaria se omite, las acciones no alcanzarán la condición de valores mobiliarios y seguirán siendo lo que eran *a natiuitate*: meros derechos -de participación- incorporales sujetos, en cuanto al régimen de su documentación, circulación y legitimación para el ejercicio de los derechos a las normas generales del derecho común. Opción que es sin embargo la natural y la más utilizada dado que realmente la mayoría de sociedades no representan ni documentan sus acciones ni en títulos valor ni en anotaciones en cuenta. Esa es la realidad incontestable. La misma que esquivaba los costes de la impresión, de la custodia y manipulación de los títulos, poseedores sin duda de un valor jurídico real fruto además de la incorporación al papel. La escritura acaba convirtiéndose en esencial de cara a la transmisibilidad de las acciones. El coste de emitir supera al coste de no hacerlo aunque la transmisibilidad de las cuotas de capital pues no se puede hablar propiamente de acción si no se ha emitido o inscrito si el sistema es el tabular, se rija por las reglas de la cesión de derechos incorporales.

Esta conclusión es evidente y así lo ponen de manifiesto varios preceptos; particularmente elocuente es el art. 120 LSC, a tenor del cual, mientras no se hayan imprimido y entregado los títulos, la transmisión de acciones procederá de acuerdo con las normas sobre la cesión de créditos y demás derechos incorporales. Sin título no hay posibilidad de aplicar el derecho especial.

En materia de anotaciones en cuenta resulta bien ilustrativo el art. 8 I LMV al disponer que los valores representados mediante anotaciones en cuenta se constituirán como tales en virtud de su inscripción en el correspondiente registro contable, quedando desde entonces sometidos

a las disposiciones del Capítulo II LMV. Si en ese capítulo se aloja el derecho especial, es obvio que hasta la inscripción se rigen por las disposiciones del derecho común. Este es el caso de los arts. 545 C de C y 19 II LCCH sobre irreivindicabilidad, el art. 1384 CC sobre facultad de disposición de títulos valores de la sociedad de gananciales o el art. 166 CC sobre enajenación de valores de hijos sometidos a patria potestad. De acuerdo con el art. 92 de la LSC, *las acciones podrán estar representadas por medio de títulos o de anotaciones en cuenta. En uno y otro caso tendrán la consideración de valores mobiliarios*. Del mismo modo el apartado segundo señala que las participaciones no podrán estar incorporadas y no tendrán la consideración de valores mobiliarios. Comenzando por esta última precisión del legislador, advertimos enseguida que se halla desprovista de valor normativo, puesto que como es sabido, nuestro ordenamiento no dispone de una disciplina general de los valores mobiliarios a la que quepa remitir el régimen de las acciones.

La expresión «valor mobiliario» viene siendo empleada tradicionalmente para designar un tipo de derechos, creados en masa y de características uniformes, que por su peculiar vocación circulatoria se hallan sometidos a derechos especiales, distintos naturalmente del derecho común sobre la circulación de créditos y demás derechos incorporales regulada en el viejo Código Civil arts. 1526 y ss. Es precisamente en la especialidad del derecho aplicable donde reside la especialidad del valor mobiliario.

Puede afirmarse por ello que, cuando el legislador dice que las acciones representadas por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta tienen la consideración de valores mobiliarios en realidad lo que está diciendo es que la acción incorporada a un título o codificada en una anotación contable no se halla sometida al derecho común, sino a un derecho especial de la circulación. La acción incorporada a un título o anotada en cuenta no se encuentra sometida al derecho común de la cesión de créditos y derechos incorporales, sino a una ley circulatoria peculiar y especialmente favorable para su tráfico. Resalta, en definitiva, la función mobilizadora de las acciones que se asigna al derecho especial de los títulos valor y al derecho especial de las anotaciones en cuenta y subraya el paralelismo funcional que media entre ellos.

No obstante es necesario precisar que la noción de valor mobiliario se ve superada cuando los valores son admitidos a negociación bursátil por la noción de valor negociable e incluso por la más moderna de instrumentos financieros, nociones plurívocas y que, si bien tienen como abstracto en nuestro caso, la acción, la misma debe representarse de un modo u otro según el concepto que estemos empleando. La noción de valor negociable es polisémica, y el legislador la usa de forma diferente según la finalidad de protección que busca la Ley del Mercado de Valores en la Exposición de Motivos, señala la dificultad de definir de forma escueta en el articulado de un texto legal la noción de valor negociable, misión que cumplió en su momento el RD 291/1992 de 27 de marzo, sobre emisiones y ofertas públicas de venta de valores (art. 2.1.f). Como derechos de contenido patrimonial que por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión sea susceptible de tráfico impersonal y generalizado en un mercado de índole financiera. Un concepto además en permanente construcción jurídica y técnica que sin lugar a dudas va perfilando sus aristas, incluso su denominación final, con el paso del tiempo y la creación de nuevos instrumentos tanto jurídicos como técnicos. De lo anterior se desprende que lo que especifica la noción de valor negociable es su emisión en masa y su aptitud para ser objeto de un tráfico generalizado. El título valor atiende a neutralizar los riesgos de la cesión de créditos asegurando la posición del adquirente. Ese es el dato que pone sobre la pista de la razón de la distinción: el valor negociable responde a la

protección del adquirente en cuanto inversor, el valor mobiliario atiende a la protección del adquirente en cuanto socio u obligacionista.

3.2. LOS DISTINTOS MODELOS DE REPRESENTACIÓN

Existen tres modalidades de representación de las acciones a los que corresponden otros tantos modelos de transmisión y legitimación, uno de derecho común y dos de derecho especial:

1. El primero de ellos, al que podemos llamar sistema de representación común, opera a través de documentos meramente probatorios de la existencia de la acción. Su régimen de circulación es el de los derechos incorporales y su normativa se contiene en los arts. 1526 ss. CC. Siendo el favorecimiento del tráfico la causa de la incorporación de la acción, allí donde el tráfico no existe, aquella se ha demostrado innecesaria e inútil.

2. El segundo modelo, al que llamaremos sistema de representación tabular o registral, se instrumenta a través de anotaciones en cuenta. El mecanismo especial de circulación al que recurre es la transferencia contable. El régimen jurídico de este sistema se halla en la Ley del Mercado de Valores y, concretamente en el capítulo II de su título primero (arts. 5-12 LMV), que lleva por título «De los valores representados por medio de anotaciones en cuenta», así como en el RD 116/1992 de 14 de febrero.

3. El tercer sistema o sistema de representación cartular, se vertebra sobre la base del título-valor y, en función de que éste sea de una u otra naturaleza, organiza la circulación en torno a la tradición o/y al endoso, acompañados, como es natural, del correspondiente contrato causal. Este sistema se halla regulado básicamente en la Ley de Sociedades de Capital (arts. 113 ss.), aunque con importantes remisiones a otros cuerpos legales, en especial al Código de Comercio (art. 545) y a la Ley Cambiaria y del Cheque (arts. 14-22).

La sociedad anónima tiene, indefectiblemente, que optar por un sistema u otro de representación de la acción, ahora bien, la realidad práctica también nos enseña que, pese a los dictados del artículo 23 de la Ley, aquella no representa ni cartular ni tubularmente de un modo efectivo, simplemente no representa las acciones. Es, a la postre, el sistema de representación común y no el especial, bien por desidia, bien por una *ratio* económica, el sistema de facto empleado. Así las cosas hemos de dar respuesta al siguiente interrogante, ¿cómo se realiza la elección por la sociedad de uno u otro sistema de representación de la acción? No se olvide que en cierto sentido, el artículo 5 LMV establece una suerte de equivalencia entre el sistema de títulos y el de anotaciones en cuenta, si bien la realidad es bastante más diferente y quizás también compleja. En principio, los términos de la elección son taxativos: en la escritura social se deberá optar por uno de los sistemas especiales, tabular o cartular [art. 23.d) LSC]. La elección se produce libremente por la sociedad, salvo, claro está, que pretenda acceder a Bolsa, donde es preceptiva la representación por anotaciones (art. 29 RD 116/92, art. 5.4 LMV).

De otra parte carece de sentido alguno la posibilidad de prever ambos sistemas de representación en los estatutos sociales. La sociedad al optar por un sistema u otro lo ha de hacer de un modo tan taxativo como categórico, no admitiéndose que una parte de sus acciones respondan a un régimen y otro al restante. Unidad de elección, unidad de representación o, en su caso de no representación si la sociedad omite pronunciarse a los

Con formato: Español (España)

estatutos sociales. No cabe su existencia simultánea, según se desprende del principio de unidad de representación de cada emisión, consagrado en el art. 5.I LMV y art. 2 RD 116/92 sobre anotaciones en cuenta: «... *La modalidad de representación elegida habrá de aplicarse a todos los valores integrados en una misma emisión*».

La acción representada o incorporada sobre un título, sea este nominativo o al portador, atesora un carácter declarativo. Y esto provoca además, que el título accionario sea incompleto; los términos literales plasmados sobre el propio título no agotan, ni sería viable que lo hicieran, la posición del socio, determinándose ésta inequívocamente por remisión a los estatutos. No contiene en su redacción todos los extremos que configuran el derecho que incorpora. Eso sería inviable, salvo que se redactase la totalidad de los estatutos sobre el título. Y aun en ese caso, el coste de su impresión y el coste de tiempo y esfuerzo que exigiría el examen de esa prolija mención sería incompatible con la finalidad de agilización del tráfico propia de los títulos valor.

La apariencia que se desprende del mismo abarca en consecuencia tan sólo la existencia de la acción, la titularidad del poseedor y las circunstancias materiales relativas al contenido jurídico de la condición de socio que aparecen mencionadas sobre el título. Para el resto funciona un mecanismo de remisión al negocio causal, remisión que es posible en virtud de los datos individualizadores e identificadores que también contiene el título accionario. Ahora bien, en aquellos extremos que deben constar en el título por disposición legal no parece haber razón para negar cierta fe pública del mismo. Esas menciones del art. 114 LSC que no son otra cosa que traducción de aquellas circunstancias que por su significación, cabe que se desprendan del propio título: prestaciones accesorias, dividendos pasivos y cláusulas restrictivas. Y eso porque esas circunstancias son decisivas a la hora de conformar la voluntad de adquirir una acción. No se olvide que la sociedad también se beneficia de la especial transmisibilidad que ofrece la incorporación; en efecto, el favorecimiento de la transmisión que se logra con los títulos valor, junto con el principio de libre transmisibilidad, es uno de los factores que permite sustituir en la configuración típica legal de la anónima el derecho de separación del socio por el derecho a transmitir su participación.

Estas menciones a las que alude el art. 114 se pueden agrupar en dos tipos: las menciones referidas a la identificación de la sociedad, que tienen por finalidad permitir la consulta de los estatutos y que producen la nulidad del título precisamente cuando en su conjunto no permiten cumplir esa función; y por otro lado, las menciones relativas a las eventuales y más graves derogaciones del régimen típico de las acciones en una sociedad anónima, y cuya ausencia provoca su oponibilidad frente al adquirente. De algún modo, este artículo permite reconstruir la forma en que un adquirente se sitúa a la hora de adquirir una acción: en primer lugar, comprueba, por la sola existencia del título y por su posesión por el transmitente, la existencia del derecho y su pertenencia al enajenante. En segundo lugar, el examen del contenido del título le informa sobre las derogaciones más agudas del régimen de la anónima. Así, si existen por ejemplo prestaciones accesorias y el comprador eventual adquirente sólo pretendía invertir, podrá inmediatamente poner fin a la negociación y buscar otro objeto más idóneo.

Para que una acción se materialice en un título valor y con ello se produzca el fenómeno específico de la incorporación y la consiguiente aplicación de las normas especiales sobre la legitimación y la circulación cartulares, es menester que se cumplan dos requisitos determinados, a los que ya se ha tenido ocasión de hacer referencia: la impresión del título y su entrega al socio. La activación del valor mobiliario exige en consecuencia dos operaciones

presupuesta la existencia del derecho de participación accionario: un acto preparatorio de carácter material -la creación del título, entendida como el acto de redacción y suscripción del documento- y una operación jurídica -su entrega y recepción por el socio- acto de relevancia jurídica donde se produce el acuerdo contractual.

Tradicionalmente se ha distinguido entre los conceptos de creación, emisión y suscripción de acciones. La acción de la sociedad anónima, en cuanto derecho de participación en la misma, sólo puede surgir con la misma sociedad anónima. Eso no significa que la sociedad anónima en formación carezca de participaciones. Las tiene como toda sociedad, pero no se pueden calificar como acciones ni negociarse como tales. La acción en consecuencia surge con la constitución de la sociedad. La suscripción por otro lado, no se puede entender como un *posterius* a la creación de la acción; más bien es en nuestro sistema su presupuesto lógico, ya que el capital ha de estar íntegramente suscrito en el momento inicial. No se puede pensar en crear una acción sin que la misma haya sido suscrita. En cuanto a la emisión, el uso que hace la doctrina clásica puede llevar a confusión actualmente, donde esa noción aparece más vinculada con la de incorporación. La emisión de títulos valores o de valores hace referencia tanto a la creación como en especial al hecho de la incorporación. No en vano se hace común uso de la expresión «títulos no emitidos», y las normas legales hacen en no pocos casos referencia a la «emisión de valores». De ahí que puesto la noción clásica de emisión se subsume naturalmente en la de suscripción como su presupuesto necesario, éste concepto debe utilizarse para hacer referencia al hecho cartular -o tabular- de la representación.

4. ACCIONES INCORPORADAS EN TÍTULOS NOMINATIVOS Y AL PORTADOR

4.1. ACCIONES NOMINATIVAS Y AL PORTADOR, TÍTULOS NOMINATIVOS Y AL PORTADOR

La LSC se refiere a acciones nominativas y al portador. Eso resulta, en primer término, el resultado de una hipóstasis entre la noción de título y acción, predicando de ésta los caracteres de aquél. La acción se podría decir, no es ni nominativa ni al portador; eso es propio de los títulos. Pero es que esta hipóstasis ni siquiera se ha realizado de una forma correcta. En efecto, la ley comete otra simplificación al referirse a los títulos atendiendo no a su *forma de circulación* -al portador-a la orden-nominativos-, sino a la *forma de designación del titular* -nominativos-al portador- (recte; nominales-anónimos). De hecho, los supuestos de nominatividad obligatoria indican claramente que lo que interesa no es disponer una forma de transmisión por vía de cesión sino establecer la identificabilidad en cada momento del titular, función que cumple sobradamente un título a la orden. En consecuencia, acciones nominativas serán aquellas incorporadas -o destinadas a incorporarse- en títulos que identifican a su titular nominalmente y que presentan para su titular una eficacia prelegitimadora, sujeta a la posterior inscripción en el libro registro de socios. Acciones al portador serán aquellas acciones incorporadas -o destinadas a incorporarse- en títulos al portador, donde la legitimación se verifica en virtud de su posesión.

Ninguna cuestión presenta la calificación de las acciones incorporadas en títulos al portador.

Mayores problemas, sobre todo por el arrastre histórico de la legislación anterior, presentan las acciones incorporadas en títulos que identifican nominalmente a su titular. Se trata en efecto, de determinar si se trata de títulos a la orden o de títulos nominativos. Si ambos significan lo mismo, o por el contrario atienden a postulados distintos. En efecto, un título nominativo es un título directo, puro, un título a la orden permite que el titular lo transmita a través del endoso, inscribiendo sobre el mismo el nuevo titular, endosatario. En puridad un título nominativo o directo no puede alterarse lo inscrito ni escribir un nuevo titular sobre el mismo, al contrario, ha de crearse un nuevo título cada vez que el mismo se transmitiese. Por reduccionismo o simplificación, ambos, nominativo y a la orden, han recibido tanto en la doctrina como en la legislación un mismo significado y por ende, asimilado la función de los títulos a la orden. La lógica y el razonamiento jurídico hacía que las acciones nominativas fueran títulos nominativos puros o directos, por lo que no eran en consecuencia endosables y sólo se podían transmitir por vía de cesión. El dictado de la LSC es claro y tal como hacía la vieja legislación de anónimas indica que las acciones nominativas podrán circular por medio de endoso, sin necesidad de que tal circunstancia aparezca sobre el título.

4.2. LA ELECCIÓN ENTRE TÍTULOS NOMINATIVOS Y TÍTULOS AL PORTADOR

A salvo de disposición legal expresa, los socios son libres para determinar estatutariamente la emisión de títulos nominativos o al portador. Cabe la posibilidad de una emisión en parte nominativa y en parte al portador. El art. 23 d) LSC obliga expresamente a que se determine si los títulos serán nominativos o al portador, pero se debe plantear la posibilidad de su falta de expresión. Supuesto que la sociedad no será nula por esa causa, parece que, en tanto no sea precisa la nominatividad obligatoria, el socio tendrá derecho a la forma de documentación más acorde con el tipo social elegido, que no en vano es el de la sociedad donde las participaciones alcanzan el grado de fungibilidad y agilidad de circulación mayor: el de sociedad anónima.

4.3. MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE REPRESENTACIÓN CARTULAR

La modificación de la forma de incorporación implica un cambio de la ley de circulación de la acción. La conversión de modalidad de representación de acciones, y por tanto, la modificación del régimen de designación del titular accionario, determina un cambio de la ley circulatoria y negocial de la participación (art. 113, 120, 121 para constitución de derechos reales y 122 LSC para la legitimación del titular). Esta conversión se verifica mediante la modificación formal de la correspondiente mención estatutaria (art. 23 d) LSC), regida por el principio general de la mayoría. Es decir, el socio individualmente no tiene derecho a exigir la conversión ni puede resistirse a ella esgrimiendo un derecho propio o la facultad de separación. La sociedad deberá proceder a la declaración de nulidad de los títulos que resulten sobrevenidamente contrarios a la disposición estatutaria para proceder a su sustitución material de acuerdo con el art. 117 LSC. Ahora bien, si algunos de ellos permaneciesen en circulación, los mismos serán válidos y se considerarán a todos los efectos eficaces. Es decir, no es bastante con la modificación estatutaria. La sociedad tiene que proceder efectivamente a destruir la situación objetiva de apariencia que todavía publican los títulos. Tan sólo entonces,

destruida esa situación, devendrá oponible a los terceros el cambio de la forma de representación. El coste de la transformación lo soporta la sociedad.

5. SUPUESTOS DE NOMINATIVIDAD OBLIGATORIA

5.1. SUPUESTOS DE NOMINATIVIDAD OBLIGATORIA

La ley en su artículo 113 prevé taxativa y necesariamente la representación de la acción a través de títulos nominativos en una serie de supuestos: cuando no se han desembolsado íntegramente el importe de las acciones, cuando existan cláusulas restrictivas a la transmisión, cuando lleven aparejadas prestaciones accesorias o cuando lo exijan disposiciones especiales, pero también serán nominativas cuando a la sociedad le interese conocer la identidad de sus accionistas. No es otra la función que cumplen las acciones nominativas, a saber, garantizar, en conexión con la legitimación a través del libro registro el conocimiento por parte de la sociedad de sus socios, o, por lo menos, de sus socios activos, es decir, de aquellos que están legitimados para el ejercicio de los derechos sociales.

La justificación de que la ley prevea que determinadas configuraciones estatutarias del derecho de participación del socio impongan que la incorporación se realice en acciones nominativas, radica en hacer de la acción al portador un bien que de antemano aparezca en el tráfico como esencialmente fungible y máxima representación de la mera participación *intuitu pecuniae*. La finalidad de norma es en consecuencia la de asegurar al tercero que adquiere una acción al portador que no se va a ver sorprendido ni por dividendos pasivos, ni por prestaciones accesorias ni por cláusulas restrictivas que impidan su adquisición. Así las cosas, si llegaren a emitirse títulos al portador de acciones no íntegramente desembolsadas, no por eso serán nulos, sino que el adquirente no responderá de ese pago y se harán responsables de los perjuicios a los administradores, cifrándose tal perjuicio precisamente en lo que resulta liberado el nuevo titular. Otro tanto sucederá en el caso de que siendo nominativa, se hubiera omitido sobre el texto del título la referencia a la existencia o cuantía de tales dividendos.

La nominatividad en estos casos no se establece en beneficio de la sociedad emisora. Los tres supuestos contemplados (cláusulas restrictivas, desembolsos pendientes y prestaciones accesorias) son importantes derogaciones al principio del *intuitu pecuniae* propio de las sociedades de capital, de modo que parece lógico y en su beneficio el exigirlo. En el caso de que haya *desembolsos pendientes*, es forzosa la forma nominativa. Si a pesar de ello se prevé en los estatutos que las acciones se emitirán al portador, esa norma se cumplirá con la emisión del correspondiente resguardo provisional que, siéndolo de una acción al portador, cumplirá el requisito de la nominatividad.

Por su parte, resulta lógica la nominatividad de las acciones con *prestaciones accesorias*, acciones donde el *intuitus* en las mismas es decisivo y por tanto su previsión cognitiva sobre quién debe prestar esas obligaciones de dar, de hacer o de no hacer. También la nominatividad se exige cuando existen cláusulas restrictivas a la libre transmisibilidad. Estas no caben en acciones al portador, a pesar de la redacción acaso equivocada de la ley. Finalmente la nominatividad es obligatoria cuando lo exijan disposiciones especiales que regulan

determinadas sociedades así como objetos, piénsese a título de ejemplo las sociedades financieras, las sociedades deportivas, periodísticas, concesionarias de minas, las de productos farmacéuticos, etc.

5.2. CONSECUENCIAS DE LA VIOLACIÓN DE LA NOMINATIVIDAD OBLIGATORIA DEL ART. 113 LSC

En el caso de que se incorpore una acción no íntegramente desembolsada en un título al portador, éste habrá de ser considerado válido, el adquirente de buena fe no responderá de esos desembolsos pendientes y el que provocó esa emisión será responsable por los daños frente a la sociedad. Esa conclusión es lógica si se tiene en cuenta los supuestos del art. 113 así como las menciones del art. 114.1 d, e y f LSC. Esas menciones no integran la validez del título sino su literalidad. Si un sujeto adquiere una acción incorporada en un título nominativo, le es exigible leerlo en orden a comprobar si sobre él consta la existencia de desembolsos pendientes; si nada dice en tal sentido, el sujeto queda dispensado de ulteriores pesquisas y su confianza en la apariencia, legalmente protegida por el art. 114 e) LSC, le libera del pago. Pues bien, con mayor razón hay que afirmar lo mismo en el caso de que la acción no enteramente desembolsada se haya incorporado en un título al portador. Al adquirente no le es exigible ni tan siquiera tomarse la molestia de leer el contenido del título a la busca de una eventual cláusula de dividendos pasivos, ya que el art. 113 LSC, le asegura que no puede existir.

Supuesto más extraño es que sobre el título al portador se haga contar la restricción, la existencia de dividendos pasivos o las prestaciones accesorias. En estos casos, tal mención debe entenderse por no puesta, del mismo modo que en el derecho cambiario la inclusión de referencias que no se recojan en la ley como posibles cláusulas potestativas se considerarán nulas y no puestas. Así, contempladas las consecuencias de su violación, que son las mismas que las de la violación de consignación de esas menciones en el título nominativo, se aprecia claramente que nos encontramos en presencia no de una obligación cuyo incumplimiento genere la nulidad del título sino de una carga cuyo incumplimiento genera la inoponibilidad de la excepción.

Resultado diverso se producirá cuando sean disposiciones especiales las que dispongan el carácter nominativo de los títulos. En esos casos son intereses de tipo público los que justifican esa nominatividad -control de participaciones significativas, controles fiscales, etc.-, y por tanto generarán la nulidad e los títulos sin que haya lugar a protección de apariencia alguna. Quien compra una acción de un banco en un título al portador sabe o debería saber que ese título no puede incorporar ese derecho ex art. 113 LSC.

5.3. EL DERECHO DEL ACCIONISTA RECIBIR EL TÍTULO DE SU ACCIÓN

La sociedad no tiene obligación legal de emitir y entregar los títulos de las acciones. En tanto los socios no lo pidan, la sociedad no tiene porqué emitir. Es un derecho de los socios que en no pocos casos queda sin ejercitar. En tanto no se reclame la emisión de los títulos, la sociedad no tiene por tanto la obligación de proceder a ello. El socio puede renunciar a ese derecho pero es una renuncia revocable. En un derecho que no prescribe. En consecuencia, hasta que no se entregue la acción, esta no quedará incorporada; es más, si se entrega a un no

accionista, tampoco se puede afirmar que se haya producido una incorporación que produzca, p. ej., que un sucesivo adquirente de buena fe pueda pretender la adquisición a non domino de esa acción. Eso supone que la incorporación no se produce con el acto de entrega por parte de la sociedad, sino con el de recepción por parte del socio.

Derivación de ese derecho resulta ser que el socio no sólo tiene derecho al título, sino a que ese título recoja en cada momento y con exactitud las menciones obligatorias a que se refiere la ley. Es decir, que tiene derecho a solicitar de la sociedad el canje o estampillado de sus títulos siempre que la sociedad haya verificado cambios estatutarios que alteren el contenido del título.

¿Qué sucede si ha habido una transmisión del derecho en fase aún incorporal? ¿A quién debe entregar la sociedad el título? Lógicamente a quien frente a ella se acredite como socio en el momento de la emisión. En lo referente a las acciones a incorporar en títulos nominativos, el legitimado para exigir y recibir el título se determina por aplicación de las reglas generales de inscripción en el libro registro de socios para las acciones nominativas, según se desprende de los arts. 116 y 120 LSC. Si el nuevo titular opta por no legitimarse ha de tener sin embargo en cuenta que no podrá exigir la incorporación de su derecho (art. 116 LSC), liberándose la sociedad con su entregando a quien resulte del libro registro (art. 116.2 LSC). El adquirente de los títulos al portador está interesado en darse a conocer a la sociedad a los efectos de recibir el título definitivo en el momento de su creación. Ahora bien, esa notificación consistirá simplemente en la solicitud del título definitivo previa prueba de su condición de socio -sin perjuicio de que la sociedad anote el nombre del solicitante, anotación que carece de relevancia legitimadora-. Así las cosas, los socios tienen *derecho a que se verifique la incorporación de su acción*, sea con la creación material y entrega del correspondiente título (art. 113.2 LSC), sea con la correspondiente inscripción en el libro contable de anotaciones (art. 8 II LMV). En todo caso, esas operaciones de incorporación originaria se verificarán para ellos libres de gastos, a diferencia en principio del caso de segregación de títulos múltiples. Ese derecho no es otra cosa que la facultad de exigir de la sociedad el cumplimiento del *Bebegungsvertrag*; es decir, que la sociedad proceda a la incorporación tal y como se acordó al prever un sistema de incorporación en los estatutos (títulos o anotaciones).

El que sea un derecho del socio individualmente considerado significa que la sociedad no tiene un deber legal de incorporar que pueda generar la responsabilidad de los administradores. La sociedad sólo tiene que verificar la incorporación en relación con aquellos accionistas que así lo soliciten, sin que tenga obligación de hacerlo con el resto. Cada accionista solicita la incorporación de su acción, pero carece de acción para obligar a la sociedad a la emisión y entrega de la totalidad de los títulos. Lo anterior no obsta a que la sociedad pueda proceder *de motu proprio*, y de hecho será lo habitual en caso de incorporación, a la confección y entrega de los títulos. El derecho al título es independiente del desembolso de la acción, si bien en ese caso el socio vendrá obligado a aceptar un título de carácter nominativo donde conste esa circunstancia. El accionista tiene derecho a recibir la acción definitiva; no obstante, y en tanto la sociedad cumple con las tareas materiales de impresión, el socio no podrá negarse a recibir un título valor de igual relevancia y naturaleza que el definitivo: el resguardo provisional. La ley parte en definitiva, de que la conclusión del contrato de sociedad anónima lleva consigo la aceptación por todos los socios de un pacto de incorporación (*Bebegungsvertrag*). Tal es la voluntad presumible y razonable de todos aquellos que eligen este tipo social, capitalista por excelencia, con posiciones de socio inicialmente fungibles y donde la liquidez y circulación de aquellas son una característica

especialmente señalada. Por eso mismo, por ser expresión de una voluntad típica presunta, la previsión de la incorporación no puede ser imperativa e imponerse a la libertad de configuración de los socios.

Si los socios deciden incorporar, de acuerdo con lo que presumiblemente corresponde al tipo, deberán hacerlo acogiéndose al *numerus clausus* de formas de incorporación, tabular o cartular, y en este último caso, nominativa o al portador.

5.4. EL TÍTULO ACCIÓN. LOS TÍTULOS MÚLTIPLES. LA FORMA DEL TÍTULO

La forma de redacción del título es libre. No existen modelos oficiales o normalizados. De ahí que sea posible la confusión de los títulos provisionales con los definitivos supuesto que ambos presentan identidad de contenido y no se exige para ninguno de ellos la mención expresa «acción» o «resguardo provisional» sobre los mismos. No obstante la libertad de forma, la sociedad es la primera interesada en intentar evitar en lo posible la falsificación. Eso incrementará el coste en tiempo y dinero de la elaboración de los títulos. Es la sociedad quién procederá a una impresión que, sin suponer un retraso significativo del derecho del socio al título y sin que el coste que haya de soportar la sociedad resulte excesivo, conjure en la medida de lo razonable la posibilidad de falsificación.

5.5. EL TÍTULO MÚLTIPLE

Desde el punto de vista cuantitativo se plantea el problema del número de acciones o unidades de participación incorporadas a los títulos. La LSC prevé la posibilidad de emisión de títulos múltiples, que «podrán incorporar una o más acciones de la misma serie...». De esta forma, se eleva a verdadera consideración de título valor una categoría, la de los títulos múltiples, de dudosa calificación en la legislación antigua, donde había de considerarse simplemente como documento probatorio, al no recogerse por la ley y estar la creación de nuevos tipos de títulos valores sustraída a la autonomía privada. Sin duda las ventajas que atesoran los títulos múltiples son: reducción de los gastos de emisión y de gestión del sistema cartular: facilitación del cobro de dividendos, formación de listas de presencia, inscripción en el libro registro etc.

De otra parte, su emisión deberá ser objeto de *previsión estatutaria* (art. 23 LSC), pero la omisión de esta previsión no se debe entender impositiva de la emisión de esos títulos, ya que, de un lado, el art. 53 no se sujeta a la necesidad de previsión estatutaria -aunque hemos de fijarnos en lo que pasa con las restricciones a la transmisión-; en segundo lugar, porque el art. 23 habla de «previsión», lo que parece apuntar más a lo informativo que a lo constitutivo, y en tercer lugar, porque el art. 23.d) LSC sólo pretende poner de manifiesto, frente a las dudas del régimen anterior, la indudable admisibilidad en el seno de los estatutos de la previsión de emisión de títulos múltiples. La sociedad podrá emitir títulos múltiples si lo estima conveniente; ahora bien, el socio puede rechazar su entrega y solicitar la emisión a costa de la sociedad de los títulos individuales por cada acción.

El accionista no tiene derecho a exigir un título por acción si estatutariamente se ha previsto la emisión de títulos múltiples. El título múltiple debe recoger en principio las mismas menciones que los títulos singulares, con las oportunas y lógicas correcciones. Debe cumplir

las funciones de todo título: así deberá en todo caso contener las menciones de las letras a) c) y g) del art. 114 LSC; es decir, las que determinan la identificación del emisor, su ley de circulación y la autenticidad del mismo. Sin embargo, las menciones de las letras b), d), e) y f) que hacen referencia no tanto al título como al derecho y que están pensadas para títulos singulares, deberán ser matizadas. Así, el título múltiple como tal no tendrá valor nominal propio, sino que se determinará por referencia la suma de las acciones que incorpora. Lo mismo respecto a los números, series y derechos especiales, dividendos pasivos, prestaciones accesorias y cláusulas restrictivas, que serán igualmente por referencia al conjunto de acciones incorporadas. En las sociedades con un elevado número de acciones, el título múltiple puede ser emitido con múltiplos fijos; p. ej., títulos de 50 ó 100 acciones.

Es necesario que se trate de acciones de la misma serie, es decir, con el mismo valor nominal, por evidentes razones de homogeneidad. Lógicamente, y puesto que la serie es una cualidad que se aprecia dentro de una misma clase, las acciones deberán necesariamente incorporar un mismo contenido de derechos. El pertenecer a la misma serie presupone el pertenecer a la misma clase. De acuerdo con el tenor legal, se podrán incorporar en títulos múltiples tanto acciones nominativas como acciones al portador, pero no de forma conjunta en un mismo título. La numeración en el título múltiple ha de ser doble: la del propio título, que se corresponderá con su matriz en el talonario y la numeración correspondiente de las acciones que incorpore.

El título múltiple, en cuanto título valor, es transmisible como tal, de acuerdo con su ley de circulación propia determinada por su condición de nominativo o al portador. Ésta deberá ser la misma que se prevea para el caso de incorporación singular de la totalidad de acciones que incorpore. En realidad, el título múltiple no es más que una agregación de los títulos singulares, y por tanto, no puede existir una ley de circulación diversa de la de correspondería a los títulos en el caso de que incorporasen individualmente las acciones.

5.6. TÍTULOS DERIVADOS DE LA ACCIÓN: CUPONES Y TALONES

Los cupones son títulos-valor diversos aunque causalmente dependientes de la acción que pueden acompañar al título accionario. Este título incorpora el derecho al ejercicio de los derechos que surgen a lo largo de la vida social en relación a acuerdos de la junta o del consejo. Precisamente su función es agilizar la transmisión de esos derechos y facilitar la legitimación ante la sociedad para el ejercicio de los mismos. Originariamente, aparecen en consecuencia como una forma de disminuir la virtualidad de la acción como título de presentación, sustituyendo la presentación y movilización de aquella por la de éste.

No obstante, esta función del cupón ha venido a su vez cayendo en desuso y de hecho sustituida por formas alternativas de legitimación en el ámbito de las grandes sociedades. No están expresamente regulados en la LSC, y en principio, su creación por la sociedad es libre. Si no se creasen sus funciones se suplen por el título acción.

El principal derecho incorporado será el cobro de dividendos, pero caben también en relación a otros derechos, como el de suscripción preferente, etc. Estos títulos no incorporan, sin embargo, ningún derecho de crédito autónomo, sino el derivado en cada caso de la deliberación de aprobación de dividendos. El derecho a participar en los beneficios, en la deliberación sobre la aplicación del resultado impugnación etc., permanece en el título de la acción; en el cupón simplemente se incorpora un crédito sobre un pago ya acordado y sólo

Tema 4

sobre ese El momento en que el crédito se incorpora al cupón es aquél en que la sociedad acuerda el reparto de dividendos y designa numéricamente los cupones contra cuya presentación se realizará el pago; hasta ese momento el cupón solo representa una expectativa de un futuro y eventual crédito.

Físicamente se presentan como títulos individuales, de reducido tamaño, agrupados, y que compartiendo el mismo pliego de papel que la acción, pueden separarse de aquél. A diferencia de los cupones de las obligaciones, donde se presenta una fecha de vencimiento para cada uno, los de las acciones sólo se diferencian entre sí por la numeración. Estos cupones se separan físicamente por el recorte en el momento en que surge el derecho. Su función es tanto facilitar el ejercicio de los derechos, dispensando de la presentación del título accionario como facilitar la movilización del crédito sobre el dividendo.

Jurídicamente, se trata de un título, normalmente al portador aunque el título principal sea nominativo. Su transmisión será la propia de los títulos al portador (art. 545 C de C), salvo que sean nominativos. En ese caso se considerarán como títulos directos o simples certificados de legitimación. Su circulación se verificará por la vía de cesión de créditos.

Frente al adquirente del cupón, serán oponibles las excepciones que cupiesen contra el socio de cuyo derecho incorporado deriva aquél, al no ser el crédito derivado del cupón abstracto, sino dependiente de la acción, el adquirente debe contar esa relación jurídica de base cuyas vicisitudes le serán oponibles. Sin embargo, no deberá soportar las excepciones personales que cupiesen a la sociedad frente al transmitente. El poseedor del cupón está legitimado para exigir la prestación y la sociedad no puede negarlo en la medida que esté en condiciones de probar su falta de titularidad. La sociedad sólo se libera cumpliendo frente al que presente el título, de modo que incluso lo hará pagando al poseedor -no verdadero titular- del cupón; ahora bien si aparece un adquirente de buena fe del cupón, la sociedad vendrá obligada a realizar un nuevo pago a favor de éste. La conexión de la presentación del cupón al ejercicio del derecho al dividendo se flexibiliza si el cupón se pierde o destruye y el titular así lo prueba ante la sociedad; en principio, sería necesario proceder a la amortización del título de acuerdo con las reglas del C de C, lo cual resulta claramente excesivo por el coste económico y temporal de ese procedimiento.

El talón es el documento incluido en la hoja de los cupones que se agota en la obtención de una nueva hoja de cupones que, a su vez, contendrá un nuevo talón para el momento en que ésta se consuma. Sirve así tanto para la legitimación como para ahorrar la necesidad de presentación del título. La sociedad, se libera si paga al tenedor del talón, aunque no estuviera materialmente legitimado y siempre que no se opusiera en regla el tenedor del título principal. La sociedad sólo debe cumplir frente al verdadero titular, pero se liberará entregando los cupones a quien presente el talón, como título de legitimación que es. No puede ser objeto de negocios jurídicos o de amortización por separado y sigue en todo momento la suerte del título principal.

Desde la LSA 1951 sólo se reconocen tres documentos en relación con la acción: la matriz o libro talonario, el título de la acción y los títulos complementarios de ése -cupones y talones-. La acción como tal sólo se puede incorporar en un título accionario o, en su caso, en un resguardo provisional. No obstante, el art. 160 CCom 1885 admitía la representación por medio de acciones u otros títulos equivalentes, haciendo caber la doctrina dentro de estos últimos los resguardos provisionales o incluso -excesivamente- los extractos de inscripción de acciones nominativas. No obstante, esa libertad que concedía el art. 160 CCom fue restringida

por la doctrina en el sentido de abarcar como regla a los resguardos provisionales.

5.7. MENCIONES MÍNIMAS SOBRE EL TÍTULO

El art. 114 LSC que regula expresamente el título acción y su contenido hace referencia de forma indistinta a al contenido «como mínimo» que reflejará cada del título accionario, sin mencionar, sin embargo, su relevancia o las consecuencias de su inobservancia. De una lectura del elenco del artículo en cuestión, se desprende que el título accionario presenta un doble nivel de información; uno relativo a la *identificación de la acción* -como medida o unidad de participación mínima en una sociedad anónima- y otro relativo al *contenido peculiar o divergente respecto al tipo legal* de sociedad anónima.

Junto a ellas, y como presupuesto lógico de validez del título se encuentra la suscripción del título por los administradores [art. 114.g) LSC]. Nos encontramos ante dos grupos de menciones de carácter y relevancia claramente diversa; el de aquellas dirigidas a individualizar e identificar la acción incorporada (número de la acción, valor nominal, nombre de la sociedad, etc.); y el de aquellas dirigidas a reflejar el contenido jurídico de la misma (privilegios, restricciones a la transmisión, dividendos pasivos, etc.). Eso determina los dos grupos de menciones en que cabe clasificar las del art. 114: a) por un lado cláusulas relativas a la identificación de la acción y de la sociedad a que se refiere. Son necesarias y han de constar en todo caso sobre el título. Su falta da lugar a la pretensión de corrección del título por parte de su titular, y, eventualmente, a su nulidad. Aquí cabe incluir aquellas menciones que individualizan no tanto la acción como el propio título, como su número, su ley de circulación y la firma de los administradores como presupuesto de la válida incorporación de la acción.

De hecho, la ley de circulación es hasta tal punto relevante para el derecho incorporado que cabe referirse a ella como elemento identificador. b) Por otro lado, menciones relativas al contenido peculiar del derecho respecto al tipo legal de sociedad anónima. Es decir, se trata de aquellas desviaciones del tipo legal que, por su relevancia, considera la ley que deben resultar del propio título, siendo de otro modo sorprendidas. Al ser una configuración facultativa del derecho, sólo deberán constar si existen, no siendo necesaria mención relativa a su inexistencia -salvo en el caso de liberación-. El hecho de reseñarse su calificación como mínimas, no empece que los estatutos sociales pueden exigir, en su caso, ulteriores requisitos de contenido en los títulos de las acciones; p. ej., estableciendo estatutariamente la necesidad de hacer constar sobre el título la existencia de limitaciones a los derechos de asistencia y voto.

Tampoco debe vetarse la posibilidad de que la sociedad haga constar otros datos sobre el título que no son exigidos por la Ley o por los estatutos; p. ej., un pacto parasocial por el que constituye un sindicato de voto o de bloqueo y en él participan la totalidad de los socios originarios. Cuestión distinta es su oponibilidad y falta de relevancia frente al tercero, que únicamente debe confiar y contar con el contenido mínimo legalmente exigido.

Regula la Ley la figura de los resguardos provisionales, una figura la del resguardo que responde a una situación de interinidad fáctica provocada por la necesidad de diseño, impresión etc. de los títulos definitivos. El supuesto de hecho típico de la emisión de resguardos es el de acciones aún no incorporadas a títulos; ahora bien, también tienen su sentido en supuestos tales como los de cubrir el espacio de tiempo que media entre la

conversión de acciones nominativas en acciones al portador, o bien durante el tiempo preciso para la inscripción de transmisiones o gravámenes.

Pero la verdadera justificación de su existencia no es otra que la de cohonestar la necesaria nominatividad de los títulos que incorporan acciones parcialmente desembolsadas con la previsión estatutaria de que las mismas se incorporen en títulos al portador. Es decir, dado que no se prohíbe que las acciones a representar en títulos al portador estén parcialmente desembolsadas, es necesario arbitrar un tipo de incorporación cartular interinamente nominativa en tanto dure aquella situación a efectos de que la sociedad, pero también cualesquiera terceros, conozcan efectivamente la identidad de quién está obligado a completar la aportación. Y su existencia es el corolario lógico al derecho que tiene todo socio a recibir los títulos que les correspondan en caso de representación cartular de las acciones.

En el caso de previsión estatutaria de títulos nominativos, no está justificado que el socio reclame un título provisional cuando de forma inmediata puede reclamar el definitivo; pero no sucede así en el caso de títulos al portador si el desembolso ha sido parcial donde la exigencia inmediata del título definitivo viene impedida por el art. 113.2 LSC. Los resguardos provisionales se han de equiparar a todos los efectos a los títulos accionarios nominativos, siendo en consecuencia son títulos a la orden natos, transmisibles por endosos y susceptibles de convertirse en títulos nominativos directos a través de la cláusula «no a la orden».

5.8. LIBRO-REGISTRO DE SOCIOS

Tanto la sociedad de responsabilidad limitada como la propia sociedad anónima están obligadas a llevar un libro registro de socios en el que conste la titularidad originaria y sucesivas transmisiones de las participaciones y acciones. A los problemas de la presentación y acreditación de la condición de socio seguían los de legitimación de una titularidad que podía ser cambiante en función de la incorporación o no de la condición de socio a un título o documento. De legitimarse presentando el título comprobando la sociedad y administradores la condición social de quién pretendía ejercer los derechos frente a la misma, se ideó como mecanismo prelegitimador la inscripción en un libro registro privado y de obligatoria llevanza por parte de los administradores. La sociedad controla la legitimación de quién es titular de una participación o acción y lo hace de forma continua e indefinida. Y esa legitimidad que infiere e irradia el libro se descompone de un primer momento que no es otro que la solicitud de inscripción por parte de quién pretende identificarse como socio y ejercer sus derechos y, en un segundo momento, a través de los mecanismos de control de la condición de socio, bien sea a través de la escritura de constitución, documento público, escritura de emisión de los valores, acciones incorporadas a títulos seguidas de la práctica material de la inscripción.

El libro registro es un libro de titularidades originarias y sucesivas, sean éstas dominicales, individuales o supuestos de copropiedad o cotitularidad y la inclusión de un representante, sean limitadas, como prendas o usufructos, incluso embargos. Nada impide incluir menciones que aunque la ley lo silencie sí se prevean estatutariamente, como sería el estado civil, la nacionalidad, el régimen económico matrimonial, etc. Ahora bien, lo que es preceptivo y casi evidente en una sociedad limitada no lo es tanto en una sociedad anónima. Primero porque los propios términos legales difieren así como su amplitud, bastando una remisión a los artículos 104 y 105 LSC y 116 respectivamente para uno y otro tipo societario. Segundo por la propia forma de representación del capital social en la sociedad anónima. Sólo en el supuesto de que

se lleguen a emitir y entregar acciones incorporadas a títulos nominativos existirá la obligación de crear ese libro registro.

En los demás casos, tanto en el supuesto de acciones incorporadas a títulos al portador, como el de anotaciones en cuenta, o en el de no existir emisión propiamente de acciones y no haber más representación que la de derecho común, no existe libro registro. Adviértase además que el propio título genera por sí mismo eficacia legitimadora que en el caso de acciones nominativas permite su exhibición y presentación a los administradores para su inscripción en el libro registro toda vez que opera una transmisión sea dominical sea limitada. En efecto, la acción por sí misma genera una legitimación, que no es sino la legitimación propia del derecho de los títulos, si bien eso no presupone ni predetermina la posibilidad de existencia del libro de socios en defecto de aquellos. Tampoco existe una carga o deber del socio de instar la inscripción en el libro registro. Cuestión distinta es que la sociedad sólo reputa como socio a quién se halle inscrito en el libro, por lo que irrumpe de este modo una disociación entre titularidad y legitimación. Lo que lleva a plantearse el interrogante de si está legitimado para ejercer los derechos sociales un titular que no está inscrito en el libro registro.

Una cosa es que el régimen de legitimación del libro se busque y sea el propio de los títulos-valor y otra muy distinta es que para beneficiarse de ese régimen las acciones o participaciones hayan de estar previamente incorporadas. La legitimación y sus problemas en el ámbito societario no son un fenómeno ni un problema exclusivo de la incorporación de los derechos de participación en un título-valor. La inscripción en el libro registro de acciones nominativas (art. 116 LSC) resulta, pues, la forma legalmente prevista de legitimación social del titular de acciones nominativas (*rectius*, nominales), por incorporar o ya incorporadas, así como, en su caso, del titular de derechos reales limitados sobre las mismas. Asimismo, y aquí es donde el régimen del libro es justificadamente peculiar respecto al común, las inscripciones del libro registro despliegan una eficacia legitimadora a favor de la sociedad frente al inscrito en orden a la reclamación de las obligaciones sociales que correspondan.

Para el caso de una sociedad anónima, las acciones nominativas figurarán en un libro-registro que llevará la sociedad, en el que se inscribirán las sucesivas transmisiones de las acciones, con expresión del nombre, apellidos, razón o denominación social, en su caso, nacionalidad y domicilio de los sucesivos titulares, así como la constitución de derechos reales y otros gravámenes sobre aquellas. Sólo se reputará como accionista a quien se halle inscrito en dicho libro. Todo socio, todo accionista tiene derecho al examen e inspección del libro registro de acciones nominativas, aun cuando su título por ejemplo sea al portador. La sociedad solo podrá rectificar las inscripciones que reputa falsas o inexactas cuando haya notificado a los interesados su intención de proceder en tal sentido y estos no hayan manifestado su oposición durante los treinta días siguientes a la notificación.

6. TRANSMISIÓN DE PARTICIPACIONES Y ACCIONES

6.1. TRANSMISIÓN DE PARTICIPACIONES SOCIALES

La Ley de Sociedades de Capital segrega la regulación que ofrece respecto a la transmisión de

las participaciones sociales de una sociedad de responsabilidad limitada y la de las acciones de una anónima. La distinta configuración que respecto a la composición societaria responden una y otra hace que el régimen de transmisión de las participaciones sea más cerrado que el de las acciones, máxime en las grandes sociedades anónimas más abiertas y heterogéneas en la composición de su accionariado. La sociedad de responsabilidad limitada responde a un tipo preferentemente abierto pero que es susceptible de cerrarse, de modo que sin ser una sociedad personalista, sí prima o puede primar en exceso un cierto carácter *intuitu personae*, en los que la calidad y condición de socio goza de especial relevancia. La permisividad es tal hasta el punto que la ley ofrece un régimen supletorio rígido para regular las transmisiones y que es susceptible además de una mayor rigidez por vía estatutaria en la sociedad limitada.

El régimen de transmisión de participaciones que pergeña la ley distingue entre transmisiones voluntarias y transmisiones no voluntarias, sean éstas forzosas, sean transmisión *mortis causa*. Formalmente se exige que toda transmisión de participaciones sociales, así como la constitución del derecho real de prenda sobre las mismas, conste obligatoriamente en documento público. Estamos ante un requisito *ad probationem* de la transmisión, sea dominical, sea prendaria. En cambio para cualesquiera otras transmisiones limitadas o constitución de derechos reales diferentes al de prenda, las mismas constarán en escritura pública. Así mismo, el adquirente de las participaciones sociales podrá ejercer los derechos de socio frente a la sociedad desde que ésta tenga conocimiento de la transmisión o constitución del gravamen.

La transmisión de la participación, descansa en una premisa restrictiva y lo hace por vertiente doble: de un lado porque la ley establece un régimen supletorio en el caso de transmisiones voluntarias *inter vivos* que sólo se aplica cuando nada regulan o disponen los estatutos sociales. Dada la preeminencia de los estatutos como vertebrador de la verdadera voluntad de fundadores y socios, allí donde no se disponga lo contrario, se aplica el régimen supletorio de la ley que establece un régimen que descansa en el consentimiento de los socios, salvo cierto automatismo en caso de familiares muy directos del socio saliente y en la premisa de proscribir toda cláusula que haga prácticamente libre la transmisión voluntaria. De este modo, será libre la transmisión voluntaria de participaciones por actos *inter vivos* entre socios, así como la realizada en favor del cónyuge, ascendiente o descendiente del socio o en favor de sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente. En los demás casos, la transmisión está sometida a las reglas y limitaciones que establezcan los estatutos y, en su defecto, las establecidas en esta Ley.

Si nada regularan los estatutos las reglas legales de transmisión voluntaria de participaciones sociales por actos *inter vivos* exigen el deber de comunicación por escrito a los administradores del socio que se proponga transmitir su participación o participaciones, haciendo constar el número y características de las participaciones, la identidad del adquirente y el precio y demás condiciones de la transmisión. La sociedad debe consentir la transmisión. Consentimiento que se expresará mediante acuerdo de la Junta General, previa inclusión del asunto en el orden del día, adoptado por la mayoría ordinaria establecida por la ley.

Cabe no obstante que por aplicación de restricciones al consentimiento y la aplicación de cláusulas de adquisición preferente y de opción o rescate, siempre y cuando no se atente con arbitrariedad y abusivamente, la denegación del consentimiento comunicando la sociedad al socio transmitente por conducto notarial, la identidad de uno o varios socios o terceros que adquieran la totalidad de las participaciones. No obstante, no será necesaria ninguna

comunicación al transmitente si concurrió a la junta general donde se adoptaron dichos acuerdos. Los socios concurrentes a la junta general tendrán preferencia para la adquisición. Si son varios los socios concurrentes interesados en adquirir, se distribuirán las participaciones entre todos ellos a prorrata de su participación en el capital social.

El precio de las participaciones, la forma de pago y las demás condiciones de la operación, serán las convenidas y comunicadas a la sociedad por el socio transmitente. Si la transmisión fuera a título oneroso distinto de la compraventa o a título gratuito, piénsese en una aportación a una sociedad, una donación, etc., el precio de adquisición será el fijado de común acuerdo por las partes y, en su defecto, el valor razonable de las participaciones el día en que se hubiera comunicado a la sociedad el propósito de transmitir. La ley sí explicita la obligación de otorgar documento público de transmisión en el plazo de un mes a contar desde la comunicación por la sociedad de la identidad del adquirente o adquirentes.

En aras de la libertad y no vinculación definitiva a la sociedad así como el que no se produzcan perturbaciones temporales innecesarias, el socio podrá transmitir las participaciones siempre que hayan transcurrido tres meses desde que hubiera puesto en conocimiento de ésta su propósito de transmitir sin que la sociedad le hubiera comunicado la identidad del adquirente o adquirentes. Se vetan así mismo cláusulas que hagan prácticamente libre la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos *inter vivos* así como también aquellas cláusulas estatutarias por las que el socio que ofrezca la totalidad o parte de sus participaciones quede obligado a transmitir un número diferente al de las ofrecidas. Queda a salvo la rigidez de esta prohibición siempre que aún prohibiéndose estatutariamente la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos *inter vivos*, si los estatutos reconocen al socio el derecho a separarse de la sociedad en cualquier momento. La incorporación de estas cláusulas a los estatutos sociales exigirá el consentimiento de todos los socios. Sí en cambio podrán los estatutos impedir la transmisión voluntaria de las participaciones por actos *inter vivos*, o el ejercicio del derecho de separación, durante un período de tiempo no superior a cinco años a contar desde la constitución de la sociedad, o para las participaciones procedentes de una ampliación de capital, desde el otorgamiento de la escritura pública de su ejecución.

Regula a su vez la ley el régimen de transmisión forzosa de participaciones, exigiendo que, en todo procedimiento de apremio y embargo de participaciones sociales, se notifique por el juez o autoridad administrativa que lo hubiere decretado, tal circunstancia, haciendo constar la identidad del embargante así como las participaciones embargadas. La sociedad procederá a la anotación del embargo en el Libro registro de socios, remitiendo de inmediato a todos los socios copia de la notificación recibida. Exige asimismo que celebrada la subasta o cualquier otra forma de enajenación forzosa legalmente prevista, y en todo caso antes de que se produzca la adjudicación, la suspensión de la aprobación del remate y la adjudicación de las participaciones sociales embargadas. El juez o la autoridad administrativa remitirán a la sociedad testimonio literal del acta de subasta o del acuerdo de adjudicación y, en su caso, de la adjudicación solicitada por el acreedor. La sociedad trasladará copia de dicho testimonio a todos los socios en el plazo máximo de cinco días a contar de la recepción del mismo. No obstante lo cual, la adjudicación al acreedor será firme transcurrido un mes a contar de la recepción por la sociedad del testimonio del acta de subasta. Los socios preferentemente podrán y en su defecto y siempre que estatutariamente se hubiere previsto un derecho de adquisición preferente la propia sociedad, subrogarse en lugar del rematante o, en su caso, del acreedor, mediante la aceptación expresa de todas las condiciones de la subasta y la

consignación íntegra del importe del remate o, en su caso, de la adjudicación al acreedor y de todos los gastos causados.

6.2. TRANSMISIÓN DE LAS ACCIONES

La incorporación de la acción a un título tiene por objeto incrementar la circulabilidad de la misma. La acción, es un título circulante, ávido de circulación. El régimen de transmisión viene sin duda condicionado por el régimen de representación de la propia acción. Así las cosas si la acción no llega a incorporarse a un título valor o a una anotación en cuenta, condiciona sin duda la transmisión de la misma, recte, del derecho, que no puede ser otro más que el régimen de cesión del derecho común. Así, tal y como asevera el artículo 120 LSC, en tanto no se hayan impreso y entregado los títulos, la transmisión de acciones procederá de acuerdo con las normas sobre la cesión de créditos y demás derechos incorporales. En puridad no existen acciones sino derechos de participación, cuotas de interés en la sociedad.

En tanto no se hayan impreso y entregado los títulos, la transmisión solo puede operar de acuerdo con las normas sobre la cesión de créditos, dada la condición de derecho subjetivo de la acción no incorporada. Sin materialización y entrega o sin inscripción en un registro contable en caso de anotaciones, no existe propiamente acción. Tratándose de acciones nominativas, la transmisión puede operar o bien por derecho común, acuerdo causal válido y notificación a la sociedad, por la que los administradores, una vez que resulte acreditada la transmisión, la inscribirán de inmediato en el libro-registro de acciones nominativas, o bien por vía de declaración cambiaria de endoso sin más requisitos formales si bien a efectos de legitimación para ejercer los derechos sociales frente a la sociedad se exige la inscripción de la transmisión en el libro registro de acciones nominativas.

Cuando estemos ante acciones al portador basta toda vez que exista un contrato causal válido la entrega posesoria a efectos de legitimación del nuevo titular dominical. Y aun rompiendo con la más genuina dogmática de los títulos valores y sobre todo de los títulos al portador, se exige la intervención de fedatario público en la transmisión de las mismas, o en su caso la mediación de una sociedad o agencia de valores o entidad de crédito.

En caso de acciones anotadas la transmisión procede por dos vías, o bien por vía tabular en la que es necesaria la inscripción en el registro contable pertinente, o bien por vía de derecho común, sean *inter vivos* o *mortis causa*, en lo que sería una cesión extraregstral de la misma, y que requeriría ulteriormente la inscripción contable. Así las cosas, la transferencia contable o inscripción en el registro contable es la forma de exteriorizar el cambio de su titularidad, mediante apuntes de cargo y abono. En este sentido, la inscripción cumple una función de publicidad análoga a la transmisión de la posesión en los títulos valor. La transferencia contable es el modo de la transmisión; la manera que tiene el Derecho de reestructurar el principio de la tradición, de tal forma que la publicidad posesoria se sustituye por la publicidad registral: art. 9.I inciso segundo LMV y art. 12.1 RD 116/1992: «La inscripción de la transmisión a favor del adquirente producirá los mismos efectos que la tradición de los títulos».

Más allá va el artículo 31.5 del RD 116/1992 cuando señala que «la inscripción a nombre del titular que se produzca en los registros contables de las entidades adheridas o, siendo éstas las titulares, en los registros a cargo del servicio, será la que produzca los efectos previstos en los artículos 9, 10 y 11 de la Ley del Mercado de Valores y preceptos concordantes con este Real

Decreto», aseverando su correlativo artículo 50.2 así como el 8.2.a) del RDley 5/2005, como la entidad viene obligada a verificar la existencia de un título verdadero, válido y bastante para proceder a esa transferencia contable. La transmisión será oponible a terceros desde el momento en que se haya practicado la inscripción. Nótese que la redacción del art. 9.II LMV presupone que la transmisión *ya se ha verificado*, preocupándose de establecer, como el art. 1526 CC, las condiciones de su oponibilidad a terceros.

La noción de oponibilidad es una expresión propia y típica no de los derechos reales sino de los derechos de crédito; la misma aparece recogida en el art. 1526 CC y es allí donde tiene significado, no en el ámbito de los derechos reales, donde la oponibilidad se confunde con la transmisión: si existe transmisión necesariamente ha de ser oponible *erga omnes*. Ahora bien, esa transmisión tabular engloba y se solapa a una transmisión ordinaria o de derecho común, que precisamente deviene tabular desde el momento de su inscripción en el registro contable. Normalmente, estos dos planos -común y tabular- se presentan unidos de forma indisoluble; así se responde a las expectativas de las partes, que desean una transmisión de éste último tipo.

Ahora bien, desde que hay acuerdo entre las partes (art. 1261, art. 1526 CC), la transmisión ya se ha producido, aunque por vía de derecho común. De ese modo, si el transmitente concursa y el adquirente logra probar la certeza de la fecha de la transmisión, éste podrá oponerla a la masa a pesar de la falta de inscripción. Si la transmisión de la acción anotada no llega a inscribirse, o en tanto se inscriba, no por eso la nueva titularidad deviene inoponible; siempre quedan los -costosos- mecanismos del derecho común -p. ej., escritura pública-, aunque la posición del adquirente no será autónoma.

Tal es el sentido del carácter constitutivo de la inscripción (art. 9 I LMV) -constitutivo de la transmisión tabular y por tanto determinante de la aplicación de su protección ex arts. 9 ss. LMV-. El art. 9 II -junto con las norma de legitimación, art. 11 LMV- incentiva y presiona para que las adquisiciones verificadas extrarregistralmente tengan un acceso inmediato a los registros. Es un medio barato de oponer la transmisión, genera la protección tabular de la misma y permite en lo sucesivo beneficiarse de la circulación tabular. Esto nos lleva a plantearnos el interrogante de qué sucede realmente en la transmisión al margen del registro contable, esto es, extra tabulas, vía cesión de derecho común, vía *mortis causa* por ejemplo. Hoy prácticamente nadie niega la viabilidad de esa transmisión.

De hecho el propio dictado de la norma del mercado valores antes citada, art. 9.2 reconduce hacia el registro, reconducción eso sí hipotética y no forzada, de la inscripción contable de una transmisión ya operada y perfeccionada al margen o extramuros del registro contable. El aserso normativo es claro, a saber, «la transmisión será oponible desde el momento en que se haya practicado la inscripción», nos habla de oponibilidad de la misma, no de constitución o nacimiento de la transmisión, lo cual sin duda se ha perfeccionada antes y al margen de la transferencia contable. La propia normativa de valores anotados es elocuente al respecto y no es parca en guiños aduciendo la viabilidad de transmisión fuera del registro contable, así como anteriores al hecho mismo de la inscripción contable. Así lo hace cuando referencia aquellas operaciones liquidadas directamente por las partes, o cuando aduce a las inscripciones derivadas de la transmisión, con lo que, consecuencia y explícitamente se reconoce un *prius* lógico y necesario que antecede al efecto mismo de aquella transmisión que no es otro que procurar al legitimación tabular y por ende la titularidad frente al emisor en el ejercicio de los derechos sociales.

Cabe pensar, en primer lugar, en la posibilidad de sustituir la transferencia contable por otros «modos» equivalentes, como en el caso de títulos sucedía con la tradición instrumental (art. 1462 CC) o el acuerdo traslativo (art. 1463 CC). En otras palabras, podría cuestionarse si para verificar la transmisión -tabular- es imprescindible o no la transferencia contable. De acuerdo con la equiparación funcional que la segunda parte del art. 9 LMV hace de la misma con la tradición, parecerían posibles las formas de *traditio ficta*; así, en el caso de transmisión por escritura pública, bastaría su otorgamiento para que se entienda transmitida la acción anotada a los efectos de los arts. 9 y siguientes de la LMV, con relevancia y protección tabular (art. 1462 CC).

No existe inconveniente en verificar una cesión común de la acción anotada de acuerdo con las reglas de la cesión de créditos (arts. 347-348 CC, 1526 ss. CC y 1280.6º CC en cuanto a la forma). Ello bien entendido que en estos casos quedan excluidas las peculiaridades de protección del tráfico propias, como la posibilidad de adquisición a non domino o la exclusión de excepciones (art. 24 LCCH). No obstante, el cesionario de derecho común podrá en cualquier momento proceder a solicitar la inscripción de la transmisión verificada, y con ello, pasar a disfrutar del régimen de protección tabular. Si el adquirente no procede a inscribir su derecho en el registro contable se dará ausencia de protección registral para el mismo; pero esto, en cualquier caso, no empece a la verificación del efecto traslativo ni la oponibilidad a terceros, caso piénsese de la quiebra del transmitente, si, p.ej., la cesión se instrumentó a través de escritura pública (art. 1526 CC).

La ley permite que las sociedades restrinjan o limiten la libre transmisibilidad de las acciones. De este modo estatutariamente pueden preverse cláusulas al respecto que permitan en suma preservar la composición accionarial de la sociedad o limitar la entrada de terceros con preferencia de otros socios a adquirir esas mismas acciones o la propia sociedad, o un tercero designado en cambio por la sociedad pero no por el socio que desea abandonar y transmitir su acción.

El socio no puede ser rehén o prisionero de la sociedad pero ésta sí puede condicionar con ciertas limitaciones la libre transmisibilidad de las acciones. Restricciones que no cabrían sin embargo si las acciones estuviesen admitidas a negociación en un mercado secundario. Tampoco se admiten aquellas cláusulas estatutarias que hagan prácticamente intransmisible la acción. Frente a la sociedad, sólo serán válidas las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones cuando recaigan sobre acciones nominativas y estén expresamente impuestas por los estatutos. Si las restricciones no existiera originariamente y sí se impusiesen sobrevenidamente con una modificación estatutaria, aquellos accionistas afectados que no hayan votado a favor de tal acuerdo, no quedarán sometidos a él durante un plazo de tres meses a contar desde la publicación del acuerdo en el BORM. Son las cláusulas consentimiento, de adquisición preferente así como las de opción o rescate las que con mayor frecuencia se recogen en los estatutos sociales.

Si la sociedad es quién presta consentimiento o autorización los estatutos obligatoriamente habrán de recoger las causas que permitan denegar la misma, una suerte de *numerus clausus* de *ratios* o motivos que permiten denegar la misma. El beneficiario normalmente de otorgar el consentimiento o *placet* a una transmisión planteada o proyectada por un socio es son normalmente los administradores sociales. En cualquier caso, transcurrido el plazo de dos meses desde que se presentó la solicitud de autorización sin que la sociedad haya contestado a la misma, se considerará que la autorización ha sido concedida.

Sobre las acciones y participaciones también pueden constituirse derechos reales limitados así como crearse una cotitularidad o copropiedad sobre las mismas. A efectos de legitimación para el ejercicio de los derechos sociales y ante la pluralidad de partes, acreedor prendario y socio deudor, usufructuario y nudo propietario así como cotitulares o copropietarios de las acciones o participaciones rige un principio de unidad subjetiva de cara al ejercicio de los derechos sociales. Así, en caso de copropiedad sobre una o varias participaciones o acciones, los copropietarios habrán de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, y responderán solidariamente frente a la sociedad de cuantas obligaciones se deriven de esta condición.

La misma regla se aplicará a los demás supuestos de cotitularidad de derechos sobre participaciones o acciones. En caso de usufructo de participaciones o de acciones la cualidad de socio reside en el nudo propietario, pero el usufructuario tendrá derecho en todo caso a los dividendos acordados por la sociedad durante el usufructo. Salvo disposición contraria de los estatutos, el ejercicio de los demás derechos del socio corresponde al nudo propietario. El usufructuario no obstante, queda obligado a facilitar al nudo propietario el ejercicio de estos derechos. La ley regula minuciosamente las reglas de liquidación del usufructo así como los derechos de preferencia en caso de aumentos de capital.

6.3. LA ADQUISICIÓN DE LA SOCIEDAD DE SUS PROPIAS ACCIONES

Tradicionalmente y tanto desde un punto de vista económico patrimonial como también societario o corporativo ha suscitado rechazo y falta de confianza por parte de los distintos ordenamientos la posibilidad de que una sociedad adquiriese sus propias acciones o participaciones sociales, sea originariamente al suscribirlas, sean derivativamente en un momento ulterior. Así, a los problemas eminentemente de integridad de capital social, encubrimiento fraudulento o no de aportaciones a la sociedad, surgirían también problemas a la hora de conformar la voluntad de los propios órganos de la sociedad. Saber a qué parámetros respondería la conducta o ámbito decisional de los administradores no deja de ser una incógnita toda vez que la propia sociedad tuviese acciones propias en autocartera.

La Ley es taxativa, prohibiendo categóricamente y enérgicamente que las sociedades de capital puedan asumir o autosuscribir sus propias participaciones o acciones ni las creadas o emitidas por su sociedad dominante. La *ratio* es clara, preservar la función de la integridad del capital social como cifra de retención patrimonial a favor de los acreedores. Ahora bien, En el ámbito de la adquisición originaria por la sociedad de responsabilidad limitada la consecuencia es clara, nulidad de pleno derecho de esa adquisición suscripción de participaciones propias o en su caso de las creadas por la dominante o acciones si el tipo sociales de ésta fuere el de anónimas. No cabe autosuscripción en el ínterin o momento fundacional. Tampoco en caso de aumento de la cifra de capital social, si bien en estos supuestos habría que tener en cuenta casos de asignación gratuita de acciones o participaciones que se corresponde con ajustes puramente nominales y contables.

En cambio sí prevé la ley un efecto más permisivo si es una sociedad anónima la que autosuscribe las acciones permitiendo incluso que consolide esta situación si bien los efectos son severos. A pesar de la infracción legal de la adquisición originaria la misma es válida si bien se condiciona imperativamente a una enajenación obligatoria. Así las cosas, el negocio de autosuscripción es válido y la sociedad asume la titularidad de los valores recayendo la

obligación de desembolsar solidariamente sobre los socios fundadores o los promotores y, en caso de aumento de capital social, sobre los administradores. En caso de tratarse de la asunción de participaciones sociales o de suscripción de acciones de la sociedad dominante, la obligación de desembolsar recaerá solidariamente sobre los administradores de la sociedad adquirente y los de la sociedad dominante.

La sociedad está obligada a enajenar las acciones y participaciones sociales en el plazo máximo de un año a contar desde la fecha de la primera adquisición. Se obliga a la salida de esas acciones de la autocarera y se establece en consecuencia un régimen sancionador primero hacia los administradores en caso de no llevarlo a cabo (art. 236 LSC) y segundo un régimen de sanciones administrativas (art. 157 LSC). La Ley sí prohíbe a la sociedad la tenencia indefinida de esas acciones o participaciones para lo que fija un plazo taxativo para lograr ese fin, primero compeliendo a la enajenación voluntaria de las mismas en ese ínterin de un año, segundo, y frustrada esa transmisión, exigiendo a los administradores convocar junta general para que acuerde la amortización de las acciones propias con la consiguiente reducción del capital social. O bien se transmiten voluntariamente esos valores o la sociedad debe amortizar los mismos. Los efectos y el resultado son claros, obligada la sociedad a desprenderse de esa autocarera originaria, la ley recalca las consecuencias de la inacción. Amortización y reducción de capital social.

Derivativamente la sociedad de responsabilidad limitada podrá adquirir sus propias participaciones, o participaciones o acciones de su sociedad dominante, únicamente cuando formen parte de un patrimonio adquirido a título universal, o sean adquiridas a título gratuito, o como consecuencia de una adjudicación judicial para satisfacer un crédito de la sociedad contra el titular de las mismas. También en los casos en los que las participaciones propias se adquieran en ejecución de un acuerdo de reducción del capital adoptado por la junta general, así como cuando las participaciones propias se adquieran en los supuestos de transmisiones forzosas. Finalmente se permite también la adquisición si la misma ha sido autorizada por la junta general, efectuándose con cargo a beneficios o reservas de libre disposición y tenga por objeto participaciones de un socio separado o excluido de la sociedad, participaciones que se adquieran como consecuencia de la aplicación de una cláusula restrictiva de la transmisión de las mismas, o participaciones transmitidas *mortis causa*. Fuera de estos supuestos toda adquisición derivativa se reputará como nula de pleno derecho.

No obstante la permisividad de la adquisición derivativa lleva consigo un plazo de duración tasado. Las participaciones deberán ser amortizadas o enajenadas, respetando en este caso el régimen legal y estatutario de transmisión, en el plazo de tres años. Cuando la adquisición no comporte devolución de aportaciones a los socios, la sociedad deberá dotar una reserva por el importe del valor nominal de las participaciones amortizadas, la cual será indisponible hasta que transcurran cinco años a contar desde la publicación de la reducción en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*, salvo que antes del vencimiento de dicho plazo hubieran sido satisfechas todas las deudas sociales contraídas con anterioridad a la fecha en que la reducción fuera oponible a terceros. Prevé así mismo la norma las consecuencias del incumplimiento de esta obligación legal de enajenación, a saber, la amortización inmediata de las mismas por parte de la sociedad y la reducción del capital. Si la sociedad omite estas medidas, cualquier interesado podrá solicitar su adopción por la autoridad judicial. Los administradores de la sociedad adquirente están obligados a solicitar la adopción judicial de estas medidas, cuando, por las circunstancias que fueran, no pueda lograrse el correspondiente acuerdo de amortización y de reducción del capital.

A efectos de no distorsionar la voluntad societaria ni interferir en las decisiones del resto de socios, en tanto permanezcan en poder de la sociedad adquirente, quedarán en suspenso todos los derechos correspondientes a las participaciones propias y a las participaciones o acciones de la sociedad dominante.

Tampoco podrá una sociedad de responsabilidad limitada aceptar en prenda o en otra forma de garantía sus propias participaciones ni las participaciones creadas ni las acciones emitidas por sociedad del grupo a que pertenezca. Del mismo modo, tampoco podrá anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantía, ni facilitar asistencia financiera para la adquisición de sus propias participaciones o de las participaciones creadas o las acciones emitidas por sociedad del grupo a que la sociedad pertenezca.

En caso de una sociedad anónima, ésta podrá adquirir sus propias acciones, o las participaciones o acciones de su sociedad dominante primero, cuando las acciones propias se adquieran en ejecución de un acuerdo de reducción del capital adoptado por la junta general de la sociedad; segundo, cuando las participaciones o acciones formen parte de un patrimonio adquirido a título universal; tercero, cuando las participaciones o las acciones que estén íntegramente liberadas sean adquiridas a título gratuito y cuarto, cuando las participaciones o las acciones como consecuencia de una adjudicación judicial para satisfacer un crédito de la sociedad frente a su titular. Al igual que sucede con la sociedad limitada, la sociedad anónima viene obligada a enajenar en un plazo máximo de tres años a contar desde la fecha de adquisición, salvo que previamente hubieran sido amortizadas mediante reducción del capital social o que, sumadas a las que ya posean la sociedad adquirente y sus filiales y, en su caso, la sociedad dominante y sus filiales, no excedan del veinte por ciento del capital social.

Cabe no obstante, una adquisición derivativa sometida a ciertas condiciones. En efecto, la sociedad anónima también podrá adquirir sus propias acciones y las participaciones creadas o las acciones emitidas por su sociedad dominante, en aquellos supuestos en los que la junta general hubiere autorizado mediante acuerdo condicionando las modalidades de la propia adquisición, el número de valores, el precio o contravalor tanto en su umbral mínimo como máximo si la misma es onerosa así como una condición temporal para la autorización que en todo caso no excederá de cinco años. En caso de tratarse de una adquisición de participaciones o acciones de la sociedad dominante, la autorización deberá proceder también de la junta general de esta sociedad. Si por el contrario, el objeto de la adquisición tiene por finalidad su entrega a los trabajadores o administradores de la sociedad, o como consecuencia del ejercicio de derechos de opción de que aquéllos sean titulares, el acuerdo de la junta deberá expresar que la autorización se concede con esta finalidad. Igualmente el artículo 146 LSC permite la adquisición siempre y cuando la misma comprenda las acciones que la sociedad o persona que actuase en nombre propio pero por cuenta de aquélla hubiese adquirido con anterioridad y tuviese en cartera, no produzca el efecto de que el patrimonio neto resulte inferior al importe del capital social más las reservas legal o estatutariamente indisponibles.

Al lado de estas condiciones sí exige un umbral máximo de acciones adquiridas, sea directa o indirectamente, que sumadas a las que en ya pudiese poseer la sociedad adquirente o sus filiales no supere en ningún caso el veinte por ciento del capital, recayendo el deber de fiscalización de estas condiciones en los administradores de la sociedad.

CASO PRÁCTICO

format:sangrado:izq

La sociedad ALFA SA, aumenta capital social. Suprimido el derecho de preferencia de los socios, concurre únicamente al aumento la sociedad BETA, SA, domiciliada en Dublín. Suscribe la totalidad del capital aumentado. Cincuenta millones de euros en cuatro millones de títulos al portador. La fecha definitiva de la ampliación se realiza el 13 de abril de 2008. Al margen de la operación se pacta entre la emitente y la concurrente a la emisión un pacto de desinversión en la sociedad al cabo de cuatro años. Dicho pacto articulado en una especie de opción de venta podrá ser ejercitado por BETA. El precio de la opción se fija exactamente igual que el coste del aumento de capital. Con ese capital social, ALFA compra en su integridad acciones de una importante entidad financiera que cotiza en el mercado secundario. Para garantizar el hipotético ejercicio de la opción, BETA exige de ALFA la constitución de una garantía a primer requerimiento por la misma cantidad ante una entidad de crédito. En las estipulaciones de la garantía se pacta que si BETA realiza la opción estará obligada a depositar los títulos accionarios en la notaría OMEGA de la calle Goya Pacheco núm. 1357 de Madrid antes del 25 de abril de 2012. BETA no puede entregar físicamente los títulos porque nunca se llegaron a emitir. En contragarantía del aval a primer requerimiento ALFA pignora la totalidad de las acciones de la financiera adquiridos como resultas del aumento e incluso a lo largo de estos años y ante la fluctuación bursátil se ve obligada a sustituir y ampliar unos valores por otros.

format:sangrado:izq

El 26 de abril de 2012, la entidad garante a primer requerimiento se niega a pagar.

format:sangrado:izq

SE PIDEZ:

format:sangrado:izq

1. ¿Qué puede hacer BETA, SA?

format:sangrado:izq

2. ¿Realmente BETA ha sido socio de ALFA durante estos años o la causa del negocio de adquisición de esas acciones ha sido otro?

format:sangrado:izq

3. ¿Hasta dónde llega el derecho de emisión del título y su recepción?

format:sangrado:izq

4. ¿Qué opina de ese aval o garantía a primer requerimiento?

format:sangrado:izq

5. ¿Cómo se ha constituido esa prenda de acciones?

format:sangrado:izq

6. ¿Quién ejercita los derechos sociales de las acciones pignoradas?

BIBLIOGRAFÍA

format:sangrado:fran

DÍAZ MORENO/PRIÉS PICARDO, «Negocios sobre acciones representadas mediante anotaciones en cuenta», *Negocios sobre derechos no incorporados a títulos-valores y sobre relaciones jurídicas especiales*, [JIMÉNEZ SÁNCHEZ (Coord.)], Madrid, 1992, págs. 309-349.

format:sangrado:fran

DÍAZ MORENO, «La prenda de anotaciones en cuenta», *RCDI*, 1991, págs. 355-441.

format:sangrado:fran

ESPINA, *Las anotaciones en cuenta. Un nuevo medio de representación de los derechos*, Madrid, 1995.

format:sangrado:fran

FARRANDO DE MIGUEL, «El concepto de valor negociable y la aplicación en España de la cultura de la transparencia», en *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, 1996, T. I, págs. 1197-1236.

format:sangrado:fran

IBÁÑEZ JIMÉNEZ, *La contratación en el mercado de valores, Tratado de Derecho Mercantil*, [JIMÉNEZ SÁNCHEZ (Coord.)], 34, Madrid, 2001.

format:sangrado:fran

MADRID PARRA, «La circulación de valores al portador y de los anotados en cuenta», *RDBB*, 37, 1990, págs. 23-103.

format:sangrado:fran

- «Representación y transmisión de acciones. Cláusulas limitativas», *RDM*, 203, 1992, pp. 147-242.

format:sangrado:fran

MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA y GARCÍA DE DUEÑAS, *Valores mobiliarios anotados en cuenta*, Madrid, 1997.

format:sangrado:fran

PANTALEÓN PRIETO, Las acciones. Copropiedad usufructo, prenda y embargo, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, [R. URÍA/A. MENENDEZ/M. OLIVENCIA (dirs.)], T. IV, Vol. 3, Madrid, 1992.

format:sangrado:fran

PAZ-ARES, «La desincorporación de los títulos-valor», *RDM*, 1996, págs. 9 ss.

format:sangrado:fran

PERDICES HUETOS, «La transmisión de participaciones en la sociedad de responsabilidad limitada. Régimen general (arts. 26-28 LSRL)», en *Tratado de la Sociedad Limitada*, [PAZ-ARES (Coord.)], Madrid, 1997, p. 423 ss.

format:sangrado:fran

- *Idem*, *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Madrid, 1997.

format:sangrado:fran

- *Idem*, *El libro registro de socios. La legitimación del socio en las sociedades de capital*, Madrid, 2000.

Tema 4

format:sangrado:fran

PERDICES HUETOS/VEIGA COPO, «Acciones. Representación y capital», *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo IV, vol. 2 A, Editorial Civitas, Madrid-Cizur Menor, 2010.

format:sangrado:fran

VEIGA COPO, *La prenda de acciones*, Madrid, 2002.

TEMA 5

Con formato: Español (España)

Órganos de la Sociedad

JUANA MARÍA PARDO PARDO

Profesora de Marco Jurídico de la Empresa. Universidad Pontificia Comillas

SUMARIO

1. Expresión orgánica de la voluntad de la persona jurídica
 - 1.1. Junta General y Órgano de Administración
 - 1.2. Competencias y conflictos inter-orgánicos
2. Tipos de Junta
 - 2.1. Junta General ordinaria y extraordinaria
 - 2.1.1. Junta General ordinaria
 - 2.1.2. Junta General extraordinaria
 - 2.2. Junta General y Especial
 - 2.3. Junta Universal
3. Junta General
 - 3.1. Convocatoria de la Junta
 - 3.2. Constitución, celebración y composición de la Junta
 - 3.3. Asistencia y representación
 - 3.4. El derecho de información
 - 3.5. Deliberación y adopción de acuerdos
4. Impugnación de acuerdos sociales
 - 4.1. Acuerdos impugnables
 - 4.2. Plazos de caducidad de la acción de impugnación
 - 4.3. Legitimación activa y pasiva para impugnar
 - 4.4. Procedimiento de impugnación
5. Órgano de Administración
 - 5.1. Estructura del Órgano de Administración
 - 5.2. Nombramiento de los administradores
 - 5.3. Capacidad y prohibiciones
 - 5.4. Duración
 - 5.5. Retribución
 - 5.6. Deberes de los administradores
 - 5.6.1. Deberes fiduciaros
 - 5.6.1.1. Deber de diligencia
 - 5.6.1.2. Deber de lealtad
 - 5.6.1.3. Deber de secreto
 - 5.6.1.4. Deber de abstención
 - 5.6.2. Deberes legales
 - 5.6.2.1. Deber de convocatoria de la Junta General
 - 5.6.2.2. Deber de solicitud de la disolución judicial
 - 5.6.2.3. Deber de solicitud del concurso
 - 5.7. Responsabilidad
 - 5.7.1. Presupuestos de la responsabilidad
 - 5.7.2. Responsabilidad solidaria y causas de exoneración de la responsabilidad
 - 5.7.3. Acciones societarias de responsabilidad de administradores. Especial referencia a la situación de concurso de la sociedad
 - 5.7.3.1. Acción social
 - 5.7.3.2. Acción individual por daños
 - 5.7.3.3. Acción de responsabilidad por deudas de la sociedad
6. Consejo de Administración
 - 6.1. Composición del Consejo de Administración

- [6.2. Designación de Consejeros. Sistemas de representación proporcional y de cooptación de las sociedades anónimas](#)
- [6.3. Organización y funcionamiento](#)
- [6.4. Impugnación de Acuerdos](#)
- [6.5. Delegación de facultades](#)
- [7. Gobierno Corporativo: El «Buen Gobierno» de las sociedades](#)
- [Caso práctico](#)
- [Bibliografía](#)

Con formato: Español (España)

1. EXPRESIÓN ORGÁNICA DE LA VOLUNTAD DE LA PERSONA JURÍDICA

1.1. JUNTA GENERAL Y ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN

Las sociedades de capital, como entidades jurídicas dotadas de personalidad, responden a un modelo de organización corporativa que tiene como pilares fundamentales dos órganos: por una parte, la *Junta General*, como órgano soberano de formación, expresión y control de la voluntad social, y, por otra parte, el *Órgano de Administración*, como órgano encargado de gestionar y representar a la sociedad, encontrándose éste último supeditado a las decisiones de la Junta General.

La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, en vigor desde el pasado 24 de diciembre de 2014, ha modificado la Ley de Sociedades de Capital (“LSC”) para la mejora del gobierno corporativo (“Ley de reforma de la LSC”). Los cambios introducidos por la Ley de reforma de la LSC van referidos a los dos órganos que configuran la estructura corporativa de las sociedades de capital que analizaremos a continuación: la Junta General y el órgano de Administración.

Con formato: Español (España)

Algunas de las modificaciones introducidas por la Ley 31/2014 en la LSC afectan a la junta general de accionistas y a los derechos de los accionistas, con el recurrente propósito –según se afirma en el preámbulo de la Ley de Reforma de la LSC– de “reforzar su papel y abrir cauces para fomentar la participación accionarial”.

Con formato: Español (España)

Con formato: Español (España)

Otras de las modificaciones introducidas por dicha Ley afectan al Órgano de Administración y, más específicamente para el caso de las sociedades cotizadas, en el consejo de administración, por la necesidad de “regular ciertos aspectos a los cuales se viene otorgando cada vez mayor relevancia, como son, por ejemplo, la transparencia de los órganos de gobierno, el tratamiento equitativo de todos los accionistas, la gestión de los riesgos o la independencia, participación y profesionalización de los consejeros”, según prevé el Preámbulo de la Ley de Reforma de la LSC.

Con carácter previo a analizar la Junta General y el Órgano de Administración de las sociedades de capital, debemos advertir que cuando nos refiramos a las sociedades anónimas, estaremos analizando el régimen de las *sociedades anónimas no cotizadas*. Las *sociedades anónimas cotizadas* están sujetas a una serie de especialidades reguladas en el Título XIV de la LSC (arts. 494 a 539) y estarán obligadas a disponer de una página web corporativa (art. 11 bis Real Decreto-Ley 9/2012), si bien, en lo que no esté previsto en dicho Título se regirán

por las disposiciones aplicables a las sociedades anónimas en general y por las demás normas que les sean de aplicación.

Las sociedades de capital necesitan valerse de órganos para el despliegue de su actividad interna y externa. A la Junta General corresponde la toma de decisión en los asuntos más importantes para la sociedad, no sólo la designación del Órgano de Administración, sino también su control, ya que ante ella los administradores han de rendir cuentas. La LSC dedica su Título V a la Junta General.

La Junta General es un órgano necesario, de funcionamiento discontinuo (es decir, no permanente, ya que, en general, sólo se reúne si es previamente convocada), e irresponsable de la gestión de la sociedad (ya que la gestión de la sociedad corresponde con carácter exclusivo al Órgano de Administración, como veremos). En Junta General los accionistas o socios acuerdan la política social. Sus decisiones obligan tanto a los administradores como a los accionistas, aunque votaran en contra o estuvieran ausentes. Por tanto, se puede hablar de la existencia de una voluntad social diferente de la voluntad de cada uno de los socios. La Junta General es por su propia naturaleza un órgano cambiante (ya que las acciones son, por esencia, transmisibles), y no permanente (puesto que sólo se reúne esporádicamente). Por ello, no resulta el órgano idóneo para administrar y controlar la gestión de la empresa. Por ello, se exige que además de la Junta General exista un Órgano de Administración con el objeto de administrar el patrimonio de la sociedad y determinar la política empresarial que ésta ha de seguir.

Por su parte, el Órgano de Administración es un órgano de carácter necesario (al igual que la Junta General), permanente (no esporádico como la Junta), de actuación interna y externa, a diferencia de la Junta que es meramente interna; y responsable de la gestión de la sociedad. Podemos decir que el Órgano de Administración ejerce tres tipos de competencias principales: gobierno, gestión y representación de la sociedad. La LSC dedica su Título VI a la Administración de la sociedad.

Existen diferentes tipos de Órganos de Administración: (i) un administrador único; (ii) dos o más administradores que actúen individualmente (administradores solidarios); (iii) dos administradores que actúen conjuntamente (administradores mancomunados), o (iv) un Consejo de Administración (integrado por un mínimo de tres miembros, ya que siempre que existan más de dos administradores con facultades mancomunadas será obligatorio que se establezca un Consejo).

El Consejo de Administración es la forma más común de administración de las sociedades de capital. La gran ventaja del Consejo es que es un órgano en el que pueden estar representados diversos socios, participando, por tanto, en la administración de la sociedad.

1.2. COMPETENCIAS Y CONFLICTOS INTER-ORGÁNICOS

La Junta General tiene competencia exclusiva para deliberar y adoptar acuerdos sobre los asuntos previstos en el art. 160 LSC (recientemente reformado por el apartado uno del artículo único de la Ley de reforma de la LSC): (i) la aprobación de las cuentas anuales, la aplicación del resultado y la aprobación de la gestión social; (ii) el nombramiento y separación de los

Con formato: Español (España)

administradores, de los liquidadores y, en su caso, de los auditores de cuentas, así como el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra cualquiera de ellos; (iii) la modificación de los estatutos sociales; (iv) el aumento y la reducción del capital social; (v) la supresión o limitación del derecho de suscripción preferente y de asunción preferente; (vi) la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales, presumiéndose el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado; (vii) la transformación, la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero; (viii) la disolución de la sociedad; (ix) la aprobación del balance final de liquidación y (x) cualesquiera otros asuntos que determinen la ley o los estatutos sociales.

Cabe destacar cómo la reforma de la LSC extiende a las sociedades anónimas la posibilidad de que la junta general intervenga en asuntos de gestión, impartiendo instrucciones al órgano de administración o sometiendo a autorización la adopción por éste de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos. Además, incluye una nueva competencia exclusiva de la junta general consistente en la toma de decisiones sobre la adquisición, enajenación o aportación de activos esenciales.

En el caso de las sociedades cotizadas será también materia reservada de la junta general la transferencia a entidades dependientes de actividades esenciales desarrolladas hasta ese momento por la propia sociedad, aunque ésta mantenga el pleno dominio de aquéllas (“filialización”).

Por otra parte, será competencia del Órgano de Administración: (i) el gobierno; (ii) la gestión; y (iii) la representación de la sociedad (art. 209 LSC). En lo que respecta a la primera de las funciones, cabe destacar que el gobierno de la sociedad conlleva funciones estratégicas y de control de la sociedad, como por ejemplo, la designación y destitución de altos directivos, la aprobación de planes estratégicos y de las operaciones más relevantes de la sociedad, la valoración periódica de la gestión realizada por los directivos, etc. Aunque la función de gobierno no aparece expresamente prevista en el art. 209 LSC, la misma se encuentra implícitamente reconocida en el deber de diligencia del art. 225 LSC.

La función de gestión de la sociedad implica que el Órgano de Administración tiene atribuida la gestión ordinaria de la sociedad, al disponer que el ámbito de representación se extiende a todos los actos comprendidos en el objeto social. Los actos no previstos en el objeto social no podrán ser llevados a cabo por los administradores sin el previo acuerdo de la Junta o una expresa atribución estatutaria. No obstante lo anterior, en las sociedades de responsabilidad limitada, y salvo disposición en contra prevista en los estatutos, la Junta General podrá impartir instrucciones al Órgano de Administración o someter a autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión. Entre las decisiones propias de la gestión de la sociedad cabe destacar las siguientes: la formulación de las cuentas anuales de la sociedad, y la propuesta de distribución del resultado, que posteriormente tendrá que ser aprobado por la Junta General; negociar, formalizar, modificar, y ejecutar toda clase de actos y contratos, compraventa, arrendamiento, etc; administrar los bienes de la sociedad, constituir, aceptar, subrogar y cancelar hipotecas, prendas, suscribir

contratos de seguros, dar y obtener préstamos, etc.; facultades bancarias, tales como abrir, seguir y cancelar cuentas corrientes y de crédito, etc.); cobros y pagos; y facultades de gestión laboral, como la contratación de personal, fijación de sueldos, condiciones de trabajo, horario, etc.

Por último, la función de representación del Órgano de Administración se caracteriza por tener un origen legal (art. 209 y 223 LSC), por lo que no puede ser modificada ni por los estatutos ni por acuerdo de la Junta. Cabe destacar que la Junta no tiene facultades de representación, la función de representación es exclusiva del Órgano de Administración (art. 233 LSC). La atribución del poder de representación se regirá por las siguientes reglas: (i) en el caso de administrador único, el poder de representación corresponderá necesariamente a éste; (ii) en el caso de varios administradores solidarios, el poder de representación corresponde a cada administrador, sin perjuicio de las disposiciones estatutarias o de los acuerdos de la junta sobre distribución de facultades, que tendrán un alcance meramente interno, (iii) en el caso de dos administradores conjuntos o mancomunados, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente en la forma determinada en los estatutos; y (iv) en el caso de Consejo de Administración, el poder de representación corresponde al propio consejo, que actuará colegiadamente. No obstante, los estatutos podrán atribuir el poder de representación a uno o varios miembros del consejo a título individual o conjunto (art. 233.2 LSC), todo ello sin perjuicio de la delegación de facultades del Consejo, a la que nos referiremos más adelante.

Por su parte, entre las competencias de la Junta General se encuentra la toma de decisiones propias del Órgano de Administración en las que la Ley presume que los administradores están afectados por un conflicto de interés que les impiden llevar a cabo decisiones propias del Órgano de Administración y, por tanto, se exige que sean los accionistas o los socios los que autoricen esas operaciones, entre las que se encuentran, por ejemplo, la adquisición por la sociedad anónima de sus propias acciones y las adquisiciones de bienes que excedan de la décima parte del capital social durante los dos primeros ejercicios de la sociedad.

El conflicto de interés aparece regulado en el art. 229 LSC. En dicho precepto se establece el procedimiento a seguir por los administradores en caso de que se encuentren ante una situación de conflicto de interés. En tal caso, los administradores deberán comunicar al Consejo de Administración y, en su defecto, a los otros administradores o, en caso de administrador único, a la Junta General, cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que pudieran tener con el interés de la sociedad. El administrador afectado se abstendrá de intervenir en los acuerdos o decisiones relativos a la operación a que el conflicto se refiera. Los administradores deberán, asimismo, comunicar la participación directa o indirecta que, tanto ellos como las personas vinculadas a que se refiere el artículo 231 LSC, tuvieran en el capital de una sociedad con el mismo, análogo o complementario género de actividad al que constituya el objeto social, y comunicarán igualmente los cargos o las funciones que en ella ejerzan.

Los conflictos de interés en el caso concreto de las sociedades de responsabilidad limitada aparecen regulados en el art. 190 LSC (que también ha sido modificado por el apartado tres

del artículo único de la Ley de reforma de la LSC), el cual dispone que, en este tipo de sociedades, el socio no podrá ejercer el derecho de voto correspondiente a sus participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo que le autorice a transmitir participaciones de las que sea titular, que le excluya de la sociedad, que le libere de una obligación o le conceda un derecho, o por el que la sociedad decida anticiparle fondos, concederle créditos o préstamos, prestar garantías en su favor o facilitarle asistencia financiera, así como cuando, siendo administrador, el acuerdo se refiera a la dispensa de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo previsto en el artículo 230 LSC. Las participaciones sociales del socio que se encuentre en alguna de las situaciones de conflicto de intereses contempladas anteriormente se deducirán del capital social para el cómputo de la mayoría de votos que en cada caso sea necesaria.

En las sociedades anónimas, la prohibición de ejercitar el derecho de voto en los supuestos anteriormente referidos, de autorizar a transmitir acciones o participaciones sujetas a una restricción legal o estatutaria o excluirle de la sociedad, solo será de aplicación cuando dicha prohibición esté expresamente prevista en las correspondientes cláusulas estatutarias reguladoras de la restricción a la libre transmisión o la exclusión.

2. TIPOS DE JUNTA

2.1. JUNTA GENERAL ORDINARIA Y EXTRAORDINARIA

Dispone la LSC que los socios, reunidos en Junta General, decidirán por la mayoría legal o estatutariamente establecida, en los asuntos propios de la competencia de la Junta, quedando todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, sometidos a los acuerdos de la Junta General (art. 159 LSC). El art. 163 LSC clasifica las Juntas Generales de las sociedades de capital en ordinarias y extraordinarias.

2.1.1. Junta General ordinaria

La Junta General ordinaria es aquella que debe celebrarse por obligación legal y con carácter periódico. Se trata de una Junta de celebración imperativa una vez al año. El artículo 164 LSC obliga a las sociedades de capital a celebrar los seis primeros meses de cada ejercicio una Junta General ordinaria, previamente convocada al efecto, para censurar la gestión que han realizado los administradores, es decir, para aprobar la gestión social; y para aprobar las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado. Este tipo de Junta será válida aunque haya sido convocada o se celebre fuera de plazo. El resto de Juntas que no tengan este carácter periódico anual tendrán la consideración de extraordinarias.

2.1.2. Junta General extraordinaria

La Junta General extraordinaria es aquella que puede ser convocada por iniciativa de la sociedad o de los socios. A diferencia de la Junta General ordinaria, ésta podrá ser celebrada en cualquier momento, tanto si es para tratar asuntos de gran importancia para la sociedad como cualquier otro asunto que convenga al interés social.

Con formato: Español (España)

Se puede celebrar Junta extraordinaria siempre que los administradores lo estimen apropiado. En estos casos, los administradores fijaran el Orden del día y, a través de él, los asuntos sobre los que los socios o accionistas deben decidir.

Tanto las Juntas Generales ordinarias como las extraordinarias pueden decidir sobre cualquier asunto de su competencia. La denominación de Junta General extraordinaria no debe confundirnos, ya que la distinción entre una y otra no afecta a los poderes especiales de la Junta, en el sentido de que en la extraordinaria pueden tratarse asuntos más importantes como emisión de obligaciones, aumento de capital, etc. En modo alguno, en ambos tipos de Juntas puede tratarse cualquier asunto, también en la Junta General ordinaria si previamente se hace constar claramente en el Orden del día de la convocatoria los asuntos que ha de tratar la Junta.

Con formato: Español (España)

2.2. JUNTA GENERAL Y ESPECIAL

Por regla general, todos los accionistas o socios presentes en la *Junta General* decidirán en la misma por mayoría respecto a aquellos acuerdos contenidos en el Orden del día. Excepto en aquellos supuestos en los que exista una excepción que haga necesaria la constitución de una *Junta Especial*. Este es, por ejemplo, el caso previsto en el art. 293 LSC que regula la tutela colectiva de los derechos de los titulares de clases de acciones en la sociedad anónima. Otros supuestos que requieren Junta Especial y, por tanto, votación separada, son: el caso de reducción de capital que implique amortización de acciones mediante reembolso a los accionistas en los términos previstos en el art. 329 LSC, y en el caso de fusión de sociedades que determine una modificación estatutaria que lesione directa o indirectamente los derechos de determinados socios o accionistas.

Con formato: Español (España)

2.3. JUNTA UNIVERSAL

Otra clasificación importante de los tipos de Junta es la que diferencia la Junta General con convocatoria y la *Junta Universal*. La Junta Universal se entenderá válidamente constituida sin necesidad de convocatoria previa cuando esté presente o representado todo el capital social, siendo igualmente necesario que los asistentes decidan por unanimidad constituirse en Junta General Universal.

El resto de Juntas que no tengan el carácter de universal deberán ser previamente convocadas. Dispone el art. 178 LSC que la Junta General quedará válidamente constituida para tratar cualquier asunto, sin necesidad de previa convocatoria, siempre que esté presente o representada la totalidad del capital social y los concurrentes acepten por unanimidad la celebración de la reunión. Este tipo de Junta podrá reunirse en cualquier lugar del territorio nacional o del extranjero.

Por tanto, cabe distinguir entre la Junta que ha sido previamente convocada, conforme a las normas que serán analizadas a continuación, y la Junta Universal, respecto a la cual no es necesaria su convocatoria por estar presente o representado todo el capital social, siendo posible, en tal caso, tratar cualquier asunto.

Con formato: Español (España)

3. JUNTA GENERAL

3.1. CONVOCATORIA DE LA JUNTA

La convocatoria es un requisito indispensable para la constitución de la Junta, excepto en los casos de Junta Universal, tal y como fue analizado anteriormente.

Corresponde al Órgano de Administración la convocatoria de la Junta o, en su caso, al liquidador de la sociedad (art. 166 LSC). Los administradores tienen la obligación de convocar la Junta General siempre que lo consideren necesario o conveniente para los intereses sociales, y en todo caso, en las fechas o periodos que determinen la Ley y los estatutos (art. 167 LSC). En caso contrario, incurrirán en responsabilidad. Además, los administradores deberán convocar la Junta General cuando lo soliciten uno o varios socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social. En este caso, la Junta General deberá ser convocada para su celebración dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que se hubiere requerido notarialmente a los administradores para convocarla, debiendo incluirse necesariamente en el Orden del día los asuntos que hubiesen sido objeto de solicitud. Es posible, como vimos, que los intereses de los socios y los administradores entren en conflicto. Es por ello que se permite que los socios que sean titulares de, al menos, un cinco por ciento del capital social, exijan a los administradores la convocatoria de la Junta. En este caso, la Junta General deberá ser convocada para su celebración dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que se hubiere requerido notarialmente a los administradores para convocarla, debiendo incluirse necesariamente en el Orden del día los asuntos que hubiesen sido objeto de solicitud (art. 168 LSC).

En el supuesto de que los administradores no cumplieran con su obligación de convocar la Junta dentro del plazo legal correspondiente o establecido en los estatutos, o bien no atendieran oportunamente la solicitud de convocatoria de la Junta General efectuada por la minoría, dispone el art. 169 LSC que cualquier socio podrá solicitar la convocatoria judicial de la Junta al Juez de lo Mercantil del domicilio social, previa audiencia de los administradores. Nos encontraremos en este caso ante una convocatoria judicial, regulada en el art. 170 LSC.

Los requisitos de la convocatoria de la Junta adquieren una elevada importancia ya que, en caso de que no se cumplan no se entenderá válidamente constituida la Junta y que por lo tanto los acuerdos adoptados no serán válidos. La convocatoria y el Orden del día de la Junta deberán ser aprobados por el Órgano de Administración, que deberá aprobar un acuerdo en este sentido, excepto en los casos de convocatoria judicial previstos en el art. 169 LSC, antes referido.

La convocatoria de la Junta deberá hacerse siguiendo los requisitos formales previstos en la LSC (modificada recientemente por la Ley de reforma de la LSC), regulando la forma de la convocatoria para sociedades no cotizadas en su artículo 173 y para sociedades cotizadas en el art. 516 LSC –respecto a éstas últimas la reforma ha sido especialmente significativa por lo que aconsejamos la lectura de los artículos 516 y siguientes LSC).

Con carácter general, con la reforma de la LSC se establece la regla de votación separada por asuntos, se clarifican las mayorías necesarias para la aprobación de los acuerdos, se extiende a la sociedad anónima el deber de abstención del socio por conflicto de interés y se modifican algunos extremos del derecho de información.

Con formato: Español (España)

Para el caso de las sociedades cotizadas se reduce al 3% el porcentaje del capital social necesario para ejercitar los derechos de minoría en las sociedades cotizadas. Además, se extiende el derecho a obtener de Iberclear los datos de identificación de los accionistas a las asociaciones de accionistas que representen al menos el 1% del capital y a los accionistas con más del 3%. Para las sociedades cotizadas también se refuerza la información previa a la junta, se regulan las limitaciones del derecho de asistencia y el derecho de voto divergente de los intermediarios financieros que posean las acciones por cuenta de distintas personas.

En el caso de sociedades no cotizadas la convocatoria deberá realizarse mediante anuncio publicado en el BORME y en la página web de la sociedad – con carácter voluntario y adicional a esta última o cuando la sociedad no tenga página web, la convocatoria se publicará en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social-- con, al menos, un mes de antelación a la fecha fijada para la celebración de la Junta para las sociedades anónimas y quince días para las sociedades de responsabilidad limitada (arts. 173 y 176 LSC).

Con formato: Español (España)

Por tanto, a falta de disposición estatutaria al respecto, en las sociedades no cotizadas se mantiene la convocatoria en el BORME y en página web, más en un diario si no hay página web o voluntariamente se puede publicar con carácter adicional. Si las acciones son nominativas los estatutos pueden prever un procedimiento de comunicación individual que asegure la recepción, como antes se preveía para las sociedades limitadas, si bien será necesario que se modifiquen los estatutos si se quiere seguir este sistema. Por su parte, si las acciones son al portador, la convocatoria deberá realizarse, al menos, mediante publicación en el BORME. El anuncio de la convocatoria de la Junta deberá tener como mínimo el siguiente contenido: nombre de la sociedad, la fecha y hora de la reunión, el orden del día, en el que figurarán los asuntos a tratar, y el cargo de la persona o personas que realicen la convocatoria (art. 174 LSC).

La regla general es que la Junta General no puede adoptar acuerdos que no estuvieran incluidos en el Orden del día previamente fijado por los administradores. No obstante, el art. 172 LSC permite a los accionistas que representen, al menos, un cinco por ciento del capital social exigir a los administradores que incluyan un determinado asunto adicional en el Orden del día, en caso de no hacerlo la Junta será nula en su totalidad. Para la adopción de determinados acuerdos relativos normalmente a modificaciones estructurales, y a los que nos referiremos en el capítulo siguiente, la Ley de modificaciones estructurales exige que en el anuncio de la convocatoria de la Junta en la que se vayan a aprobar dichas modificaciones se contengan unas menciones específicas como, por ejemplo, el derecho de los asistentes a la Junta a obtener el texto íntegro del acuerdo y del balance de fusión o escisión, entre otras posibles menciones necesarias que varían en función del acuerdo que se vaya a adoptar en la Junta.

3.2. CONSTITUCIÓN, CELEBRACIÓN Y COMPOSICIÓN DE LA JUNTA

La Ley pretende evitar que las decisiones de la sociedad sean tomadas por un grupo reducido de accionistas o socios, por lo que exige la asistencia de accionistas o socios que representen determinadas cuotas de capital social para que sea válidamente constituida la Junta. Es por

ello que se establece un sistema de doble convocatoria, variando los quórum de asistencia en función de si nos encontramos en primera o en segunda convocatoria; en función del tipo de asunto que se va a tratar en dicha Junta; y en función del tipo de sociedad de que se trate.

En la sociedad anónima los quórum de constitución son los siguientes: (i) en primera convocatoria se exige el veinticinco por ciento del capital social para los acuerdos ordinarios y el cincuenta por ciento para los acuerdos extraordinarios regulados en el artículo 194 LSC (aumento o la reducción del capital o cualquier otra modificación de los estatutos sociales, emisión de obligaciones, supresión o limitación del derecho de adquisición preferente de nuevas acciones, así como la transformación, fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero); (ii) mientras que en segunda convocatoria no se exige ningún quórum para los acuerdos ordinarios y el veinticinco por ciento del capital social para los acuerdos extraordinarios. Únicamente se entenderá válidamente constituida y, por tanto, podrá celebrarse la Junta General cuando asistan, presentes o representados, estos porcentajes de capital. Además, los estatutos sociales podrán elevar los quórum previstos anteriormente para los acuerdos extraordinarios.

Con formato: Español (España)

En la sociedad limitada el sistema de formación de la voluntad social es parcialmente distinto ya que no se establece ningún quórum de constitución ni existe un sistema de doble convocatoria de la Junta, sino que lo que se establece es un porcentaje mínimo de voto a favor de los acuerdos referido al capital social total. Con este sistema distinto al de las sociedades anónimas lo que se fija indirectamente es un mínimo de concurrencia a la Junta para que puedan adoptarse acuerdos. Efectivamente, únicamente podrá adoptarse un acuerdo cuando asistan a la Junta, al menos, socios que sean titulares de participaciones que atribuyen el número de votos exigidos por la Ley para adoptar el acuerdo de que se trate. En caso contrario, no se entenderá válidamente constituida la Junta para adoptar un determinado acuerdo ya que, en ningún caso, será posible alcanzar las mayorías de votos exigidas para su adopción.

En lo que respecta al lugar de celebración, la Ley exige que la Junta General se celebre en el término municipal donde se encuentre el domicilio social, a excepción de la Junta Universal que puede celebrarse en un lugar distinto, al igual que sucede en el caso de las sociedades cotizadas.

La Junta General será presidida por la persona que esté prevista en los estatutos sociales, en ausencia de mención expresa, por el Presidente del Consejo de Administración y, a falta de éste, por el socio o accionista elegido por los asistentes. El Presidente de la Junta estará asistido por el Secretario en la mesa de la Junta (art. 191 LSC). Entre las funciones del Presidente de la Junta cabe destacar las siguientes: elaborar la lista de asistentes y determinar la validez de la representación de los socios; declarar la válida constitución de la Junta General; dirigir las reuniones otorgando y retirando la palabra, ordenar la votación y proclamar el resultado; y, por último, tutelar el derecho de información. En lo que respecta a las funciones del Secretario de la Junta podemos destacar la de asistir al Presidente de la Junta y redactar las actas.

Con formato: Español (España)

3.3. ASISTENCIA Y REPRESENTACIÓN

Todos los socios y accionistas tienen derecho de asistencia a la Junta. La asistencia por los socios o accionistas a la Junta puede ser física o, si los estatutos lo permiten, telemática, siempre que sea posible garantizar la identidad del socio o accionista. Piénsese en la utilidad de esta posibilidad en las sociedades cotizadas en las que los socios o accionistas pueden ser muy dispares y residir en distintas partes del mundo.

Entre las obligaciones de los administradores a las que nos referiremos más adelante, se encuentra la de asistir a las Juntas Generales (arts. 180 LSC), aunque la Junta se entenderá válidamente celebrada en el supuesto de que no acudan a la Junta. Además, los estatutos pueden prever que asistan otras personas a la Junta además de los socios o accionistas en determinados supuestos, lo que requerirá autorización del Presidente, que podrá ser revocada por la Junta (art. 181 LSC).

La posibilidad de asistencia telemática a la Junta aparece expresamente prevista y regulada en el art. 182 LSC para sociedades anónimas. Además de las formalidades anteriormente analizadas para la convocatoria de cualquier Junta, en este caso será necesario, a su vez, que en la convocatoria se describirán los plazos, formas y modos de ejercicio de los derechos de los accionistas previstos por los administradores para permitir el ordenado desarrollo de la Junta. En particular, los administradores podrán determinar que las intervenciones y propuestas de acuerdos que tengan intención de formular quienes vayan a asistir por medios telemáticos, se remitan a la sociedad con anterioridad al momento de la constitución de la Junta. Las respuestas a los accionistas que ejerciten su derecho de información durante la Junta se producirán por escrito durante los siete días siguientes a la finalización de la Junta.

Con formato: Español (España)

Los quórum de asistencia anteriormente estudiados que la Ley exige para que se entienda válidamente constituida la Junta se refieren exclusivamente a las sociedades anónimas. En las sociedades de responsabilidad limitada, a diferencia de lo que sí está permitido para las sociedades anónimas, no es posible que se exija en los estatutos un número mínimo de participaciones para asistir a la Junta, lo que es congruente con el carácter cerrado de este tipo de sociedades (art. 179.1 LSC).

La LSC recoge las especialidades en el ejercicio de los derechos de asistencia y voto en las sociedades anónimas, siendo éstas las siguientes: (i) para el ejercicio del derecho de asistencia a las Juntas y el de voto será lícita la agrupación de acciones; (ii) de conformidad con lo que se disponga en los estatutos, el voto de las propuestas sobre puntos comprendidos en el Orden del día de cualquier clase de Junta General podrá delegarse o ejercitarse por el accionista mediante correspondencia postal, electrónica o cualquier otro medio de comunicación a distancia, siempre que se garantice debidamente la identidad del sujeto que ejerce su derecho de voto; y (iii) los accionistas que emitan sus votos a distancia deberán ser tenidos en cuenta a efectos de constitución de la Junta como presentes (art. 189 LSC).

En el caso de sociedades cotizadas, la Ley de reforma de la LSC introduce un nuevo artículo 521 bis a la LSC reduciendo el umbral que los estatutos pueden exigir para asistir a la

Junta a no más de mil acciones, con el fin de evitar que puedan exigirse porcentajes de capital muy elevados que limiten de forma excesiva dicho derecho. Este umbral contrasta con el del uno por mil del capital social que sigue operando para las sociedades anónimas no cotizadas (art. 179.2 LSC).

Además del derecho de asistencia a la Junta, cada socio dispone de derecho de voto. En la sociedad de responsabilidad limitada cada participación social concede a su titular el derecho a emitir un voto, salvo disposición contraria de los estatutos sociales (art. 188.1 LSC). Por el contrario, en la sociedad anónima, la LSC prevé expresamente que no será válida la creación de acciones que de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto. La LEY prevé también que en los estatutos se exija un número mínimo de acciones para poder asistir a la Junta o también que se limite el número de votos que puede emitir un mismo accionista (art. 188.2 y 188.3 LSC).

El socio tiene derecho a asistir a la Junta personalmente o por medio de un representante, lo que se conoce como derecho de representación. El representante podrá ser otro socio o accionista o un tercero ajeno a la sociedad, salvo que los estatutos lo prohíban (arts. 183.2 LSC y 184.1 LSC), pero será necesario que la representación se confiera por escrito o por medios de comunicación a distancia que cumplan con los requisitos establecidos en la Ley para el ejercicio del derecho de voto a distancia y con carácter especial para cada Junta. El derecho de representación voluntaria en la Junta General para las sociedades anónimas aparece regulado en los artículos 184 y siguientes LSC en el que se prevé que todo accionista que tenga derecho de asistencia podrá hacerse representar en la Junta General por medio de otra persona, aunque ésta no sea accionista. En las sociedades anónimas y, muy especialmente en las cotizadas, es frecuente que los propios administradores o las entidades depositarias de acciones (normalmente entidades bancarias) soliciten la representación de las acciones. Para evitar situaciones de abuso o contrarias a la Ley, esta práctica habitual permitida por la Ley está, no obstante, rodeada de determinadas cautelas recogidas en el art. 186 LSC.

Con formato: Español (España)

Con formato: Español (España)

En las sociedades anónimas en el caso de que los propios administradores, las entidades depositarias de los títulos o las encargadas del registro de anotaciones en cuenta soliciten la representación para sí o para otro y, en general, siempre que la solicitud se formule de forma pública, el documento en que conste el poder deberá contener o llevar anejo el Orden del día, así como la solicitud de instrucciones para el ejercicio del derecho de voto y la indicación del sentido en que votará el representante en caso que no se impartan instrucciones precisas. Por excepción a lo anterior, el representante podrá votar en sentido distinto cuando se presenten circunstancias ignoradas en el momento del envío de las instrucciones y se corra el riesgo de perjudicar los intereses del representado. En caso de voto emitido en sentido distinto a las instrucciones, el representante deberá informar inmediatamente al representado, por medio de escrito en que explique las razones del voto. Se entenderá que ha habido solicitud pública de representación cuando una misma persona ostente la representación de más de tres accionistas.

Por su parte, el art. 183 LSC regula el derecho de representación para las sociedades de responsabilidad limitada, según el cual el socio sólo podrá hacerse representar en la Junta General por su cónyuge, ascendiente o descendiente, por otro socio o por persona que ostente

poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tuviere en territorio nacional. La representación comprenderá la totalidad de las participaciones de que sea titular el socio representado.

Con formato: Español (España)

La representación es siempre revocable, teniendo valor de revocación la asistencia personal a la Junta del representado (art. 185 LSC).

Con formato: Español (España)

3.4. EL DERECHO DE INFORMACIÓN

En las sociedades anónimas los accionistas podrán solicitar de los administradores toda la información o aclaraciones que estimen precisas sobre los asuntos comprendidos en el Orden del día e incluso podrán formular por escrito las preguntas que estimen pertinentes hasta el séptimo día anterior al previsto para la celebración de la Junta. Los administradores estarán obligados a facilitar la información. En las sociedades cotizadas el derecho de información de los accionistas es más amplio, pues incluye no sólo la información relativa a los asuntos comprendidos en el Orden del día, sino también toda aquella información pública de la sociedad (ver a modo de ejemplo art. 518 LSC y las especialidades que para los accionistas de sociedades cotizadas recoge el art. 520 LSC).

Durante la celebración de la Junta General, los accionistas de la sociedad podrán solicitar verbalmente las informaciones o aclaraciones que consideren convenientes acerca de los asuntos comprendidos en el Orden del día y, en caso de no ser posible satisfacer el derecho del accionista en ese momento, los administradores estarán obligados a facilitar esa información por escrito dentro de los siete días siguientes al de la terminación de la Junta. Los administradores estarán obligados a facilitar la información por escrito hasta el día de la celebración de la junta general. Durante la celebración de la junta general, los accionistas de la sociedad podrán solicitar verbalmente las informaciones o aclaraciones que consideren convenientes acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día. Si el derecho del accionista no se pudiera satisfacer en ese momento, los administradores estarán obligados a facilitar la información solicitada por escrito, dentro de los siete días siguientes al de la terminación de la junta.

Los administradores estarán obligados a proporcionar la información solicitada al amparo de los dos apartados anteriores, salvo que esa información sea innecesaria para la tutela de los derechos del socio, o existan razones objetivas para considerar que podría utilizarse para fines extrasociales o su publicidad perjudique a la sociedad o a las sociedades vinculadas. La información solicitada no podrá denegarse cuando la solicitud esté apoyada por accionistas que representen, al menos, el veinticinco por ciento del capital social. Los estatutos podrán fijar un porcentaje menor, siempre que sea superior al cinco por ciento del capital social. La vulneración del derecho de información previsto en el art. 197.2 LSC solo facultará al accionista para exigir el cumplimiento de la obligación de información y los daños y perjuicios que se le hayan podido causar, pero no será causa de impugnación de la junta general. En el supuesto de utilización abusiva o perjudicial de la información solicitada, el socio será responsable de los daños y perjuicios causados.

En lo que respecta al derecho de información de los accionistas la Ley de Reforma de la LSC ha introducido algunas modificaciones en el régimen general de este derecho recogido en el art. 197 LSC antes referido y en el específico de las sociedades cotizadas previsto en el art. 520 LSC, y ello con el fin de evitar la utilización abusiva del derecho de información y de acuerdo con el propósito que ha animado a la reforma ~~que se analiza en el apartado correspondiente a la impugnación de acuerdos~~ de evitar las impugnaciones estratégicas e instrumentales de los acuerdos sociales sobre la base de infracciones formales irrelevantes.

Con formato: Español (España)

Con formato: Español (España)

El derecho de información en la sociedad de responsabilidad limitada aparece regulado en similares términos en el art. 196 LSC, si bien desaparece la posibilidad de fijar en los estatutos un porcentaje menor al veinticinco por ciento para formular la solicitud de información por los socios si ésta es perjudicial para el interés social.

Con formato: Español (España)

3.5. DELIBERACIÓN Y ADOPCIÓN DE ACUERDOS

La deliberación de los puntos del Orden del día es dirigida y moderada por el Presidente de la Junta. Para cada punto del Orden del día se propone un acuerdo que es sometido a discusión y posterior votación. Los accionistas pueden solicitar que sus intervenciones o su oposición al acuerdo adoptado sean expresamente reflejadas en el acta de la Junta, tal y como permite el art. 97.1.5ª RRM. Las facultades de la Junta son esencialmente decisorias.

La Ley de reforma de la LSC ha introducido un nuevo artículo 197 bis en la LSC, aplicable tanto a las sociedades cotizadas como a las no cotizadas, que viene a incorporar como obligación legal lo que hasta ahora proponía la recomendación 5ª del Código Unificado (recomendación que declaraban cumplir todas las sociedades del Ibex 35). Esto es, se reconoce expresamente la necesidad de votar separadamente en junta general aquellos asuntos que sean sustancialmente independientes y se especifica que, en todo caso, deberán votarse de forma separada (i) el nombramiento, la ratificación, la reelección o la separación de cada administrador; y (ii) las modificaciones estatutarias de cada artículo o grupo de artículos que tengan autonomía propia.

La adopción de acuerdos se realizará conforme a principios mayoritarios, en el sentido de participación en el capital. A cada acción o participación social le corresponde un voto, salvo disposición contraria en los estatutos. Con carácter general, salvo las excepciones indicadas, podrá reforzarse las mayorías necesarias para adoptar acuerdos, sin que pueda exigirse la unanimidad. La Junta adopta acuerdos por mayoría de votos y sus decisiones reflejan la voluntad social, por tanto, podemos entender que los votos son declaraciones unilaterales de voluntad de cada uno de los accionistas o socios de la sociedad y, como tales, tienen que ser emitidos libremente y dicha voluntad no puede estar viciada (por dolo, error, violencia, intimidación, etc.).

Con formato: Español (España)

En la sociedad anónima, una vez constituida la Junta, los acuerdos se adoptarán por mayoría ordinario de votos que concurren con independencia de la participación accionarial que representen. Para la adopción de los acuerdos extraordinarios a los se refiere el artículo 194

LSC, a los que nos hemos referido anteriormente, se exige un régimen reforzado, esto es, el voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado en la Junta cuando en segunda convocatoria concurren accionistas que representen el veinticinco por ciento o más del capital suscrito con derecho de voto sin alcanzar el cincuenta por ciento. Los estatutos podrán elevar las mayorías previstas en la LEY (art. 201 LSC).

Por otro lado, en la sociedad limitada, la Ley exige para la adopción de acuerdos el voto favorable correspondiente a las participaciones sociales en que se divida el capital social (cada participación un voto), variando las mayorías exigidas por la Ley en función del tipo de acuerdo que se pretende adoptar. El artículo 198 LSC prevé una mayoría ordinaria de votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social, teniendo en cuenta que no se computarán los votos en blanco. En concreto, se exigirá la mayoría legal mínima de un tercio para la aprobación de los siguientes acuerdos: (i) la aprobación de las cuentas anuales de la sociedad y el reparto del dividendo, en su caso; (ii) la censura de la gestión del Órgano de Administración; (iii) el nombramiento y cese de los miembros del Órgano de Administración, la Junta General podrá cesar a los administradores aun cuando la separación no conste en el Orden del día, si bien en este último caso, no se puede exigir una mayoría superior a los dos tercios para adoptar el acuerdo.

Con formato: Español (España)

El artículo 199 LSC exige una mayoría legal reforzada (la mitad más uno de los votos) para la adopción de los acuerdos relativos al aumento o la reducción del capital y cualquier otra modificación de los estatutos sociales. Por su parte, se exigirá una mayoría de dos tercios para adoptar acuerdos relativos a: fusión, escisión y transformación de la sociedad, exclusión de socios y la autorización a los administradores para el ejercicio, por cuenta propia o ajena, del mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social. También se prevé la posibilidad de romper estatutariamente la proporcionalidad entre capital y derecho de voto, de modo que cabe crear participaciones de “voto múltiple”. Cabe igualmente reseñar la posibilidad prevista en el art. 200 LSC de exigir una mayoría estatutaria reforzada para todos o algunos asuntos determinados, los estatutos podrán exigir un porcentaje de votos favorables superior al establecido por la Ley, sin llegar a la unanimidad.

Con formato: Español (España)

Con formato: Español (España)

No obstante lo anterior, es importante señalar que hasta la entrada en vigor de la reforma de LSC de diciembre de 2014, el artículo 201 LSC recogía el principio general de la adopción de acuerdos de la junta general de las sociedades anónimas por mayoría de los votos de los accionistas presentes o representados. Pero al referirse a la “mayoría ordinaria”, planteaba la duda de si se exigía una mayoría relativa/simple o una mayoría absoluta y, por lo tanto, cómo habrían de tratarse los votos nulos, en blanco y las abstenciones. La Ley de Reforma de la LSC ha venido a aclarar que con carácter general la mayoría debe ser simple o relativa. Esto es, se entiende que el cómputo de la mayoría debe efectuarse teniendo en cuenta únicamente los votos a favor frente a los adversos. Por lo tanto, los votos en blanco, las abstenciones y los votos nulos no se tienen en cuenta, lo que facilita la formación de mayorías y por tanto la adopción de acuerdos por la junta general. Si bien esta regla general presenta varias excepciones importantes. De un lado, la reforma ha venido a precisar que los acuerdos de modificación de estatutos y asimilados (art. 194 LSC) requieren para su aprobación mayoría absoluta, lo que supone una novedad, y, cuando la junta se haya constituido en segunda

convocatoria con un quórum inferior al 50% del capital, el voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado (art.201.2 LSC). Y de otro lado, se sigue manteniendo la posibilidad de que los estatutos sociales eleven las mayorías legales, mayorías que pueden ir referidas tanto al capital que participe en la junta como al total del capital social.

Cabe destacar de las sociedades de responsabilidad limitada, que sus socios tienen un deber de abstención en los supuestos en que exista un conflicto de interés en relación con la decisión a adoptar. El deber de abstención de los socios no es un deber general que exija la abstención ante cualquier situación en la que hipotéticamente podrá derivarse un conflicto de interés (*numerus apertus*) sino que la LSC ha optado por enumerar en su artículo 190 aquellos casos en los que exactamente debe el socio de una sociedad limitada abstenerse de votar (*numerus clausus*) siendo estos supuestos los siguientes: en las sociedades de responsabilidad limitada el socio no podrá ejercer el derecho de voto correspondiente a sus participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo que le autorice a transmitir participaciones de las que sea titular, que le excluya de la sociedad, que le libere de una obligación o le conceda un derecho, o por el que la sociedad decida anticiparle fondos, concederle créditos o préstamos, prestar garantías en su favor o facilitarle asistencia financiera, así como cuando, siendo administrador, el acuerdo se refiera a la dispensa de la prohibición de competencia o al establecimiento con la sociedad de una relación de prestación de cualquier tipo de obras o servicios. Las participaciones sociales del socio que se encuentre en alguna de las situaciones de conflicto de intereses contempladas anteriormente se deducirán del capital social para el cómputo de la mayoría de votos que en cada caso sea necesaria.

Tras la citada reforma de la LSC, el artículo 190 LSC extiende a las sociedades anónimas el deber de abstención de los socios en determinados supuestos de conflicto de interés que hasta ahora se ceñían a las sociedades limitadas, conforme a lo previsto en el nuevo artículo 230 LSC.

Los acuerdos de la Junta deberán constar documentados en el *Acta de la Junta*, que es redactada por el Secretario de la Junta con el visto bueno del Presidente. El Acta de la Junta es un documento de singular importancia para la prueba de los hechos que han ocurrido en ella. El Acta deber ser aprobada por la propia Junta a continuación de la reunión o en el plazo de 15 días por el Presidente y dos interventores, uno de los cuales representará a la mayoría y el otro a la minoría. La falta de aprobación del Acta no significa que los acuerdos de la Junta no sean válidos, sino que dificulta su prueba y la eficacia de los mismos, existiendo una inseguridad respecto a su contenido. Todo ello con independencia de que si se trata de acuerdos inscribibles, no podrán tener acceso al Registro Mercantil ni se podrán expedir certificados de los acuerdos que no consten en actas aprobadas y firmadas o en el acta notarial (art. 109.3 RRM) El contenido del Acta aparece regulado en los artículos 97 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil (RRM) y éstas deberán, a su vez, ser transcritas al *Libro de actas* (arts. 26 C. Com. y 116 RRM).

Los administradores estarán obligados a convocar a un Notario siempre que, con cinco días de antelación al previsto para la celebración de la junta, lo soliciten socios que representen, al menos, el uno por ciento del capital social en la sociedad anónima o el cinco por ciento en la

sociedad de responsabilidad limitada. En este caso, los acuerdos sólo serán eficaces si constan en Acta notarial. El Acta notarial no se someterá a trámite de aprobación, tendrá la consideración de Acta de la junta y los acuerdos que consten en ella podrán ejecutarse a partir de la fecha de su cierre. Los honorarios notariales serán de cargo de la sociedad (arts. 203 LSC y 101 RRM).

Para acreditar la existencia de un acuerdo de la Junta es necesario que se expida una Certificación del acta por el Secretario del Consejo de Administración con el visto bueno del Presidente, en su defecto, por los administradores de la sociedad (art. 109 RRM), o bien por un Notario convocado al efecto para que levante acta de la Junta General. Cualquier socio, así como las personas que, en su caso, hubiesen asistido a la Junta en representación de los socios no asistentes podrán obtener en cualquier momento certificación de los acuerdos y de las actas de las Juntas Generales. La facultad de certificar los acuerdos de la Junta corresponderá a los administradores, sobre los que pesa el deber de llevar el Libro de actas y, en general, de cuidar la documentación de la sociedad.

Los acuerdos sociales que lo requieran deberán ser inscritos en el Registro Mercantil --bien para su plena eficacia o bien para su oponibilidad frente a terceros-- en los siguientes plazos: (i) el plazo general de 8 días naturales siguientes a la aprobación del acta, mediante testimonio notarial, bajo responsabilidad de los administradores (art. 26 C. Com.); y (ii) en relación con el acta en el que se acuerda el nombramiento de los administradores, se establece un plazo de 10 días naturales siguientes a la fecha de su aceptación (215 LSC). El incumplimiento de estos plazos no impide la inscripción, sino que sólo originará responsabilidad si el culpable del retraso ha causado daños y perjuicios.

4. IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES

Con formato: Español (España)

La eficacia del acuerdo de la Junta tiene como presupuesto que la voluntad social se haya formado dentro de los cauces de la legalidad. El sometimiento de todos los socios a la voluntad de mayoría decae cuando se produce una declaración judicial que invalida el acuerdo.

La eficacia del acuerdo de la Junta tiene como presupuesto que la voluntad social se haya formado dentro de los cauces de la legalidad. El sometimiento de todos los socios a la voluntad de mayoría decae cuando se produce una declaración judicial que invalida el acuerdo.

Con formato: Español (España)

La Ley de reforma de la LSC ha modificado sustancialmente el régimen legal de impugnación de acuerdos sociales previsto en la anterior redacción de la Ley. Dicha reforma busca obtener un equilibrio entre la protección de los socios minoritarios y evitar abusos en las impugnaciones de acuerdos. Además unifica y sistematiza el régimen actual de impugnación para facilitar la identificación de los acuerdos impugnables, los motivos de impugnación, la legitimación para impugnar y el plazo de ejercicio de la acción, desapareciendo la tradicional distinción entre acuerdos nulos y anulables. Además con la reforma se exige a los socios porcentajes mínimos de legitimación para impugnar acuerdos, salvo los contrarios al orden público. Por último resaltar la inclusión de algunas especialidades para la impugnación de acuerdos en los casos de sociedades cotizadas.

4.1. ACUERDOS IMPUGNABLES

La LSC regula que acuerdos son impugnables en su artículo 204.1, siendo éstos los siguientes: (i) los acuerdos de la Junta que sean contrarios a la Ley; (ii) los acuerdos de la Junta que se opongan a los estatutos; (iii) y los que lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros, haciéndose una interpretación extensiva de dicho concepto ya que no es absolutamente necesario el daño al patrimonio social sino que es suficiente con la existencia de un abuso injustificado de la mayoría.

Hasta la Ley de reforma de la LSC, se distinguía entre acuerdos nulos y anulables, entendiéndose por nulos aquellos acuerdo contrarios a la Ley (antiguo art. 204 LSC), siendo los demás acuerdos a que se refería el anterior apartado primero del art. 204 acuerdos anulables, es decir, los acuerdos de la Junta que eran contrarios a los estatutos o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.

Actualmente la LSC no diferencia entre acuerdos nulos y anulables sino que son todos impugnables. El objeto de dicha reforma es, por un lado, maximizar la protección del interés social y de los accionistas minoritarios y, por otro, minimizar el uso oportunista de la impugnación de los acuerdos sociales que en ocasiones se venía haciendo con la anterior redacción de la LSC.

Conforme disponen los apartados 2 y 3 del art. 204 LSC: “no será procedente la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro adoptado antes de que se hubiera interpuesto la demanda de impugnación. Si la revocación o sustitución hubiera tenido lugar después de la interposición, el juez dictará auto de terminación del procedimiento por desaparición sobrevinida del objeto. Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio del derecho del que impugne a instar la eliminación de los efectos o la reparación de los daños que el acuerdo le hubiera ocasionado mientras estuvo en vigor” (art. 204.2 LSC).

Tampoco procederá la impugnación de acuerdos basada en los siguientes motivos previstos en el apartado 3 del art. 204 LSC:

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

De este modo lo que se pretende es ponderar las exigencias derivadas de la eficiencia empresarial con las derivadas de la protección de las minorías y la seguridad del tráfico

Con formato: Español (España)

jurídico.

4.2. PLAZOS DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN

El plazo de caducidad de la acción de impugnación de un acuerdo también ha sido modificado por la Ley de reforma de la LSC. Antes el plazo para la impugnación de un acuerdo nulo era de un año, excepto aquellos acuerdos que por su causa o contenido resultaren contrarios al orden público, mientras que el plazo de la acción de impugnación de un acuerdo anulable caducaba a los cuarenta días.

Actualmente el plazo de caducidad de la acción de impugnación es de un año, para sociedades no cotizadas y de tres meses para sociedades cotizadas, excepto en los casos de acuerdos contrarios al orden público.

Estos plazos se computarán desde la fecha de adopción del acuerdo y, si se tratase de un acuerdo inscribible, desde la fecha de oponibilidad de su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (art. 205 LSC). La caducidad de la acción de impugnación tiene el efecto extraordinario de convalidar los acuerdos impugnables, salvo aquellos que sean contrarios al orden público.

Con formato: Español (España)

4.3. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA PARA IMPUGNAR

Dispone el art. 206 LSC que para la impugnación de los acuerdos nulos están legitimados cualquiera de los administradores, los terceros que acrediten un interés legítimo y los socios que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo, siempre que representen, individual o conjuntamente, al menos el uno por ciento del capital, si bien los estatutos podrán reducir los porcentajes de capital indicados y, en todo caso, los socios que no los alcancen tendrán derecho al resarcimiento del daño que les haya ocasionado el acuerdo impugnado. Para la impugnación de los acuerdos que sean contrarios al orden público estará legitimado cualquier socio, aunque hubieran adquirido esa condición después del acuerdo, administrador o tercero (legitimación activa).

No podrá alegar defectos de forma en el proceso de adopción del acuerdo quien habiendo tenido ocasión de denunciarlos en el momento oportuno, no lo hubiera hecho. La reforma de la LSC ha recogido por primera vez la exigencia de un porcentaje del capital para impugnar los acuerdos, para evitar los abusos de la minoría a los que se hacía referencia anteriormente.

Las acciones de impugnación deberán dirigirse contra la sociedad. Cuando el actor tuviese la representación exclusiva de la sociedad y la junta no tuviese designado a nadie a tal efecto, el juez que conozca de la impugnación nombrará la persona que ha de representarla en el proceso, entre los socios que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado. Los socios que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado podrán intervenir a su costa en el proceso para mantener su validez (legitimación pasiva).

4.4. PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACIÓN

Para la impugnación de los acuerdos sociales, se seguirán los trámites del juicio ordinario y las disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 207 LSC y 249.1.3º LEC), siendo competentes los Juzgados de lo Mercantil para conocer de la acción de impugnación de acuerdos, de conformidad con lo previsto en el art. 86 ter 2 LOPJ. En el caso

de que fuera posible eliminar la causa de impugnación, el Juez de lo Mercantil que conozca de la acción de impugnación, a solicitud de la sociedad demandada, otorgará un plazo razonable para que aquella pueda ser subsanada.

La sentencia firme que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil (art. 208 LSC). A su vez, el Boletín Oficial del Registro Mercantil publicará un extracto de dicha sentencia. En el caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, la sentencia determinará además la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella.

Con formato: Español (España)

5. ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN

Con formato: Español (España)

5.1. ESTRUCTURA DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN

Existen dos sistemas de gobierno corporativo: monista y dualista. Con arreglo al sistema dualista, el órgano de dirección asumiría la gestión de la sociedad. El miembro o miembros del órgano de dirección tendrán poder para obligar a la sociedad ante terceros y para representarla ante los tribunales. Sin embargo, con arreglo al sistema monista, será un órgano distinto al de dirección, el Órgano de Administración, el que asumirá la gestión y representación de la sociedad. La Ley de Sociedades de Capital ha optado por un sistema de gobierno monista para la estructura del Órgano de Administración de la sociedad, no siendo posible en derecho español una estructura del Órgano de Administración dualista de tipo germánico, ni siquiera por la vía estatutaria, excepto para el caso de la sociedad anónima europea que se domicilie en España que según nuestra Ley de Sociedades de Capital podrá optar por un sistema de administración monista o dual, y lo hará constar en sus estatutos (arts. 476 a 491 LSC). Por tanto, la estructura corporativa de las sociedades de capital se complementa con el Órgano de Administración que gobierna la sociedad, lleva a cabo su gestión ordinaria y la representa en sus relaciones jurídicas con terceros.

La Ley de Sociedades de Capital no somete al Órgano de Administración a una estructura rígida y predeterminada, sino que permite que no exista Consejo de Administración y que la administración de la sociedad se encomiende a uno o varios administradores. Así lo prevé el art. 210 al regular los diferentes modos posibles de organizar la administración de la sociedad:

i) un administrador único: en este caso sus decisiones vincularán a la sociedad, siendo suficiente con su firma para ello;

ii) administradores solidarios: varios administradores que actúen de forma solidaria, es decir, que tienen facultades individuales para ejercitar cada uno por sí sólo las competencias propias del Órgano de Administración que funcionaran como varios administradores únicos, de modo que las decisiones de cada uno de ellos por separado vinculará a la sociedad, siendo suficiente con la firma de uno solo de ellos;

iii) administradores mancomunados: dos administradores que actúen de forma conjunta, lo que implica que cualquier acto requiere el concurso y acuerdo de todos ellos, en la forma que se prevea en los estatutos;

iv) Consejo de Administración (integrado por un mínimo de tres miembros): que actúa de forma colegiada y se caracteriza por adoptar sus decisiones por mayoría. En el caso

de la sociedad nueva empresa no es posible constituir un Consejo de Administración (art. 447.1 LSC). Por su parte, en las sociedades anónimas es obligatoria constituir un Consejo de Administración cuando la administración se confíe de forma mancomunada a más de dos personas (art. 210.2 LSC), pero no es necesario en el caso de las sociedades limitadas, que podrán tener un número ilimitado de administradores mancomunados.

Todo acuerdo que altere el modo de organizar la administración de la sociedad, constituya o no modificación de los estatutos sociales, se consignará en escritura pública y se inscribirá en el Registro Mercantil (art. 210.4 LSC). Cuando los estatutos establezcan solamente el número mínimo y el máximo de administradores, corresponderá a la Junta General la determinación del número de administradores, sin más límites que los establecidos por la Ley (art. 211 LSC). Tanto en las sociedades anónimas como en las sociedades de responsabilidad limitada, los estatutos sociales podrán establecer distintos modos de organizar la administración atribuyendo a la Junta la facultad de optar alternativamente por cualquiera de ellos sin necesidad de modificación estatutaria.

La Ley 25/2011 ha posibilitado que los estatutos de las sociedades anónimas prevean varios órganos alternativos de administración de forma que pasar de uno a otro no exija modificación de estatutos, homogeneizando el régimen con la sociedad limitada. Esta nueva alternativa exigirá una modificación previa de los estatutos ya existentes.

Con formato: Español (España)

5.2. NOMBRAMIENTO DE LOS ADMINISTRADORES

Los administradores pueden clasificarse en *administradores fundacionales y posteriores* en función del momento en el que son nombrados. En el caso de los administradores fundacionales éstos son elegidos por los socios fundadores en el acto constitutivo o por la Junta constituyente en caso de fundación sucesiva y figurar en la escritura fundacional (art. 22.1.e LSC). En el resto de casos, nos encontramos ante administradores posteriores, correspondiendo la competencia para su nombramiento a la Junta sin más excepciones que las establecidas en la Ley. En defecto de disposición estatutaria, la Junta General podrá fijar las garantías que los administradores deberán prestar o relevarlos de esta prestación (art. 214 LSC). En esta facultad de nombramiento y, como veremos, de destitución de los administradores radica uno de los presupuestos esenciales del carácter soberano de la Junta General dentro de la sociedad.

El nombramiento de los administradores únicamente surtirá efecto desde el momento de su aceptación, si bien una vez aceptado deberá ser inscrito en el Registro Mercantil haciendo constar la identidad de los nombrados y, en relación a los administradores que tengan atribuida la representación de la sociedad, si pueden actuar por sí solos o necesitan hacerlo conjuntamente. La inscripción deberá realizarse dentro de los diez días siguientes a la fecha de la aceptación (arts. 214.3 y 215 LSC). La inscripción no tiene carácter constitutivo, por lo que el nombramiento surtirá plenos efectos frente a la sociedad desde su aceptación. No obstante, frente a terceros los efectos del nombramiento del administrador quedan supeditados a su inscripción en el Registro Mercantil, en virtud del principio de publicidad material registral.

La Ley de Sociedades de Capital también prevé la figura de los *administradores suplentes*, para el caso de que cese por cualquier causa uno o varios de ellos, salvo disposición contraria

de los estatutos sociales. El nombramiento y aceptación de los suplentes como administradores se inscribirán en el Registro Mercantil una vez producido el cese del anterior titular. Si los estatutos sociales establecieran un plazo determinado de duración del cargo de administrador, el nombramiento del suplente se entenderá efectuado por el período pendiente de cumplir por la persona cuya vacante se cubra (art. 216 LSC).

Con formato: Español (España)

5.3. CAPACIDAD Y PROHIBICIONES

Para ser nombrado administrador no se exige ninguna condición especial. En principio, podrá ser nombrado administrador de una sociedad de capital cualquier *persona física o jurídica*, no requiriéndose la condición de socio para ello, salvo disposición contraria de los estatutos (art. 212 LSC). En el caso de que sea administrador una persona jurídica será necesario que ésta designe a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo. La revocación de su representante por la persona jurídica administradora no producirá efecto en tanto no designe a la persona que le sustituya. Esta designación se inscribirá en el Registro Mercantil en los términos previstos en el artículo 215 LSC (art. 212 bis LSC introducido por la Ley 25/2011, de 1 de agosto).

Pero la regla general anteriormente referida conoce algunas limitaciones para poder ser administrador, que son las *prohibiciones* previstas en el art. 213 LSC, el cual dispone que: (i) no podrán ser administradores los menores de edad no emancipados, los judicialmente incapacitados, las personas inhabilitadas conforme a la Ley mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso y los condenados por delitos contra la libertad, contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico, contra la seguridad colectiva, contra la Administración de Justicia o por cualquier clase de falsedad, así como aquéllos que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio; y (ii) tampoco podrán ser administradores los funcionarios al servicio de la Administración pública con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de las sociedades de que se trate, los jueces o magistrados y las demás personas afectadas por una incompatibilidad legal.

Con formato: Español (España)

5.4. DURACIÓN

El cargo de administrador es esencialmente temporal (principio de temporalidad). En las sociedades anónimas se prevé que los administradores ejercerán el cargo durante el plazo que señalen los estatutos sociales, que no podrá exceder de seis años y deberá ser igual para todos ellos, si bien podrán ser reelegidos para el cargo, una o varias veces, por períodos de igual duración máxima (art. 221.2 LSC). De este modo se garantiza que la Junta renovará periódicamente su confianza en quienes ostentan el cargo de administradores de la sociedad. Por el contrario, en las sociedades de responsabilidad limitada prima la estabilidad y permanencia en el cargo, por lo que la regla general es que los administradores ejercerán su cargo por tiempo indefinido, salvo que los estatutos establezcan un plazo determinado, en cuyo caso podrán ser reelegidos una o más veces por períodos de igual duración (art. 221.1 LSC). La Ley de Sociedades de Capital prevé la posibilidad de que la Junta nombre administradores suplentes, para cubrir las vacantes que pueda sufrir el Órgano de Administración sin necesidad de proceder a un nuevo nombramiento (art. 216 LSC).

Con independencia del tiempo por el que hayan sido nombrados los administradores, éstos

Con formato: Español (España)

podrán ser cesados en cualquier momento por la Junta General, incluso cuando la separación no conste en el Orden del día, en virtud del principio de libre revocabilidad del cargo y del art. 223.1 LSC. En el caso de la sociedad limitada los estatutos podrán exigir para el acuerdo de separación una mayoría reforzada que no podrá ser superior a los dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social. El cese del administrador no tiene por qué estar motivado ni obedecer a una justa causa, nos encontramos, por tanto, ante una revocación «ad nutum» del cargo. Este principio de libre revocabilidad o destitución del cargo radica en la relación de confianza que subyace al nombrar al administrador de una sociedad y que puede verse quebrada en cualquier momento. La separación del cargo tampoco tiene por qué devengar un derecho de indemnización alguna a favor del administrador cesado. Los estatutos no pueden limitar el cese de los administradores condicionando los supuestos en los que cabe dicho cese ni tampoco pueden exigir un quórum de asistencia o mayoría reforzadas a la Junta para que pueda válidamente acordar el cese de los administradores. La revocación por la Junta del cargo de administrador es válida desde que adopta el correspondiente acuerdo, si bien únicamente surtirá efectos frente a terceros desde su inscripción en el Registro Mercantil. Al margen del principio de libre revocabilidad antes citado, la Ley determina también la remoción forzosa de los administradores que realicen cualquier actividad en competencia con la sociedad o que se encuentren en una situación de conflicto de interés, salvo cuando sean expresamente autorizados por la Junta General (art. 230.1 LSC). En las sociedades anónimas la Junta General está obligada, a petición de cualquier socio, a pronunciarse sobre la remoción del administrador que se encuentre en una de estas situaciones (arts. 224.2 y 230.3 LSC), mientras que en las sociedades de responsabilidad limitada, la Ley va más allá, reconociendo el derecho de cualquier socio a instar la destitución judicial del administrador que realice esas actividades competitivas sin la autorización necesaria (art. 230.2 LSC). Si no se produce antes su revocación, el nombramiento del administrador caducará cuando, vencido el plazo, se haya celebrado Junta General o haya transcurrido el plazo para la celebración de la Junta que ha de resolver sobre la aprobación de las cuentas del ejercicio anterior (art. 222 LSC).

5.5. RETRIBUCIÓN

Con anterioridad a la Ley de reforma de la LSC, la regulación de la remuneración de los administradores era parcial y limitada, consistiendo en un régimen general que aplicaba por igual a todas las sociedades de capital ~~cotizadas o no~~, y que no abordaba la distinta naturaleza de las partidas retributivas que suelen atribuirse a los consejeros ejecutivos.

Con la redacción actual se pretende obtener una mayor transparencia y control de la remuneración de los administradores reforzando el papel de la Junta general. En concreto, la Junta general deberá aprobar el importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores por su condición de tal.

Los consejeros que realicen funciones ejecutivas deben celebrar un contrato con la sociedad que recoja de forma exhaustiva el sistema de remuneración por tales funciones, que deberá aprobarse por mayoría reforzada del consejo sin la intervención del consejero afectado.

Con formato: Español (España)

Con formato: Español (España)

Con formato: Español (España)

Tema 5

En el caso de las sociedades cotizadas las exigencias que prevé la Ley son mayores, debiendo aprobar una política de remuneraciones de los consejeros, que debe comprender la remuneración de los consejeros por su condición de tal y por el desempeño de funciones ejecutivas, que debe ser necesariamente aprobada por la Junta general de accionistas por un plazo de tres años.

El cargo de administrador es, en principio, gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan que el cargo sea retribuido y en ellos se determine el sistema de retribución y, en su caso, el procedimiento y las reglas que deban seguirse para su fijación exacta (art. 217 LSC).

La actual redacción de la ley exige que el sistema de remuneración establecido determine el concepto o conceptos retributivos a percibir por los administradores en su condición de tales y que podrán consistir, entre otros, en uno o varios de los siguientes:

a) una asignación fija,

b) dietas de asistencia,

c) participación en beneficios,

d) retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia,

e) remuneración en acciones o vinculada a su evolución,

f) indemnizaciones por cese, siempre y cuando el cese no estuviese motivado por el incumplimiento de las funciones de administrador,

g) los sistemas de ahorro o previsión que se consideren oportunos.

El importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores en su condición de tales deberá ser aprobado por la junta general y permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación. Salvo que la junta general determine otra cosa, la distribución de la retribución entre los distintos administradores se establecerá por acuerdo de éstos y, en el caso del consejo de administración, por decisión del mismo, que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero.

La remuneración de los administradores deberá en todo caso guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables. El sistema de remuneración establecido deberá estar orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad e incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables.

La reforma de la LSC también ha modificado los arts. 218 y 219 LSC relativos a la

remuneración mediante participación en beneficios y a la remuneración vinculada a las acciones de la sociedad, respectivamente.

En las sociedades anónimas cuando la retribución consista en una participación en las ganancias, la participación solo podrá ser detrída de los beneficios líquidos y después de estar cubiertas las atenciones de la reserva legal y de la estatutaria y de haberse reconocido a los accionistas un dividendo del cuatro por ciento del valor nominal de las acciones o el tipo más alto que los estatutos hayan establecido. Mientras que en la sociedad de responsabilidad limitada, el porcentaje máximo de participación en ningún caso podrá ser superior al diez por ciento de los beneficios repartibles entre los socios.

Cuando el sistema de retribución incluya una participación en los beneficios, los estatutos sociales determinarán concretamente la participación o el porcentaje máximo de la misma. En este último caso, la junta general determinará el porcentaje aplicable dentro del máximo establecido en los estatutos sociales.

Por otra parte, cuando en las sociedades anónimas se establezca una remuneración vinculada a las acciones de la sociedad, es decir, cuando el sistema de remuneración de los administradores incluya la entrega de acciones o de opciones sobre acciones, o retribuciones referenciadas al valor de las acciones, ello deberá preverse expresamente en los estatutos sociales y su aplicación requerirá un acuerdo de la junta general de accionistas. El acuerdo de la junta general de accionistas que así lo determine deberá incluir el número máximo de acciones que se podrán asignar en cada ejercicio a este sistema de remuneración, el precio de ejercicio o el sistema de cálculo del precio de ejercicio de las opciones sobre acciones, el valor de las acciones que, en su caso, se tome como referencia y el plazo de duración del plan.

Con formato: Español (España)

5.6. DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES

Podemos diferenciar dos tipos de deberes de los administradores: los *deberes fiduciarios* y los *deberes legales*. Los deberes fiduciarios son aquellos que resultan de la propia naturaleza del cargo y del contrato de administración concluido entre el administrador y la sociedad, a diferencia de los deberes legales de los administradores son aquellos que derivan de lo previsto en las normas jurídicas que le son de aplicación

5.6.1. Deberes fiduciarios

La posición fiduciaria de los administradores sociales se define por el deber de fidelidad que éstos están obligados a cumplir frente a la sociedad en el desempeño del cargo y cuyo significado reside en anteponer, ante cualquier situación, el interés social al suyo propio. La Jurisprudencia ha establecido que: «esta expresión de *ordenado empresario y representante leal equivale a la expresión de "buen padre de familia" del artículo 1104, párrafo segundo, del CC» (SAP de Zaragoza de 5 de diciembre de 2005).*

5.6.1.1. Deber de diligencia

El deber de diligencia exige a los administradores desempeñar su cargo cumpliendo con el modelo de conducta del “ordenado empresario”, tal y como exigen el art. 225 LSC.

La Ley de reforma de la LSC ha establecido regímenes diferenciados en atención a las funciones encomendadas a cada administrador; y ha consagrado legislativamente en el art. 226 LSC la denominada “business judgment rule” o “protección de la discrecionalidad empresarial” , que nuestros tribunales venían empleando cada vez más en sus pronunciamientos, cuyo objetivo es proteger la discrecionalidad empresarial en el ámbito estratégico y en las decisiones de negocio, protegiendo las opciones diligentes tomadas por los administradores. La redacción de los arts. 225 y 226 LSC dada por la Ley 31/2014 hace explícito el derecho y deber de los administradores de recabar la información necesaria para adoptar decisiones informadas así como la obligación de una dedicación adecuada para la adopción de medidas precisas para una buena dirección y control de la sociedad.

Conforme a la redacción actual del art. 225 LSC los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos.

Asimismo la LSC establece que los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad. En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones.

El nuevo art. 226 LSC en el que se regula la protección de la discrecionalidad empresarial establece que el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado. No se entenderán incluidas dentro del ámbito de discrecionalidad empresarial aquellas decisiones que afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas y, en particular, aquellas que tengan por objeto autorizar las operaciones previstas en el artículo 230 LSc

El incumplimiento del deber de diligencia, en cualquiera de los aspectos referidos anteriormente, conlleva que a los administradores se les pueda exigir responsabilidad por los daños que su conducta cause al patrimonio social. La falta de diligencia del administrador podrá ser tanto por acción como por omisión. Asimismo, debemos destacar que la obligación de administrar es una obligación de medios, no del resultado, por lo que no se puede confundir el éxito o el fracaso de la sociedad o de un negocio de ésta con el cumplimiento del deber de diligencia.

5.6.1.2. Deber de lealtad

Este deber de lealtad del administrador es el segundo de los deberes fiduciarios generales.

Tema 5

regulado en el artículo 227 LSC y, al igual que el anterior, integra el contrato de administración suscrito entre éste y la sociedad, si bien dicho deber se concreta en la obligación del administrador de desempeñar su cargo siguiendo el modelo de conducta de un “representante leal”. El deber de lealtad exige al administrador actuar en beneficio del interés de la sociedad en todas aquellas circunstancias en las que se presente un conflicto entre los intereses de ésta y los suyos propios, por tanto quedan proscritas todas aquellas decisiones del administrador que ante tales circunstancias no beneficien al interés social.

La infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador.

Los arts. 228 y 229 LSC prevén expresamente cuales son las conductas a las que está obligado el administrador en virtud del deber de lealtad:

a) No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas.

b) Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera.

c) Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto. Se excluirán de la anterior obligación de abstención los acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros de análogo significado.

d) Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.

e) Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad.

Por su parte, el art. 229 LSC regula expresamente cómo debe actuar el administrador ante situación de conflicto de interés, según el cual el administrador está obligado a abstenerse de:

a) Realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiéndose por tales aquéllas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad.

b) Utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas.

c) Hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados.

d) Aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad.

e) Obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía.

f) Desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad.

Del mismo modo, la Ley prevé que dichas previsiones serán de aplicación también en el caso de que el beneficiario de los actos o de las actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador.

En todo caso, los administradores deberán comunicar a los demás administradores y, en su caso, al consejo de administración, o, tratándose de un administrador único, a la junta general cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que ellos o personas vinculadas a ellos pudieran tener con el interés de la sociedad.

Al igual que sucede respecto al deber de diligencia, no es posible modificar estatutariamente la responsabilidad del administrador derivada de la vulneración del deber de lealtad ya que tal extremo no afectaría únicamente a la sociedad sino también a los acreedores de ésta. Pero es más, teniendo en cuenta que las actuaciones constitutivas de infracción del deber se presumen dolosas, cualquier modificación de la responsabilidad del administrador derivada de dicha infracción vulneraría lo previsto en el artículo 1.102 in fine del CC.

No obstante lo anterior, la reforma de la LSC se desarrolla el régimen de imperatividad y dispensa del deber de lealtad (art. 230 LSC). Conforme dispone dicho precepto la sociedad podrá dispensar las prohibiciones contenidas en el artículo anterior en casos singulares autorizando la realización por parte de un administrador o una persona vinculada de una determinada transacción con la sociedad, el uso de ciertos activos sociales, el aprovechamiento de una concreta oportunidad de negocio, la obtención de una ventaja o remuneración de un tercero. La autorización deberá ser necesariamente acordada por la junta general cuando tenga por objeto la dispensa de la prohibición de obtener una ventaja o remuneración de terceros, o afecte a una transacción cuyo valor sea superior al diez por ciento de los activos sociales. En las sociedades de responsabilidad limitada, también deberá otorgarse por la junta general la autorización cuando se refiera a la prestación de cualquier clase de asistencia financiera, incluidas garantías de la sociedad a favor del administrador o cuando se dirija al establecimiento con la sociedad de una relación de servicios u obra. En los demás casos, la autorización también podrá ser otorgada por el órgano de administración siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que la conceden respecto del administrador dispensado. Además, será preciso asegurar la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado y la transparencia del proceso.

La obligación de no competir con la sociedad solo podrá ser objeto de dispensa en el supuesto de que no quepa esperar daño para la sociedad o el que quepa esperar se vea compensado por los beneficios que prevén obtenerse de la dispensa. La dispensa se concederá mediante acuerdo expreso y separado de la junta general. En todo caso, a instancia de cualquier socio, la junta general resolverá sobre el cese del administrador que desarrolle actividades competitivas cuando el riesgo de perjuicio para la sociedad haya devenido relevante.

Podemos destacar como la reforma de la LSC mejora el orden y descripción de las obligaciones derivadas del deber de lealtad, destacando el deber de secreto y el de evitar conflictos de interés (art. 228 LSC) y de los procedimientos que se deberían seguir en caso de conflicto de interés (art. 229 LSC), extendiendo el deber lealtad a los administradores de hecho en sentido amplio y se refiere a la responsabilidad de los altos directivos, así como ampliando el alcance de la sanción más allá del resarcimiento de daño causado para comprender la devolución por el administrador del enriquecimiento injusto obtenido con la infracción.

Con formato: Español (España)

5.6.1.3. Deber de secreto

El deber de secreto forma parte de los llamados deberes fiduciarios específicos y se encuentra tipificado en el art. 232 LSC. Se diferencia de los anteriores -deberes fiduciarios generales- en que no obliga únicamente a las personas que se encuentran ocupando el cargo de administrador sino también a aquellas que han ostentado dicho cargo y las personas físicas designadas por los administradores sociales que son personas jurídicas. Este deber se concreta en la obligación de los sujetos anteriormente referidos de guardar secreto sobre la información de carácter confidencial que conozcan como consecuencia del ejercicio, actual o no, de su cargo. Las conductas que suponen una violación del deber de secreto se concretan en dos: (i) la comunicación de información confidencial a terceros y (ii) la divulgación de información confidencial. Esta obligación tiene a su vez determinados límites: (i) frente a los socios que exijan información, si representan más del cinco por ciento del capital social; y (ii) frente a los requerimientos de la Administración o de la Autoridad judicial.

5.6.1.4. Deber de abstención

El deber de abstención de los administradores sociales obliga a éstos a abstenerse de ejercer el derecho de voto en la adopción de decisiones por el órgano competente cuando el administrador se encuentra en una situación de conflicto de intereses. En la normativa societaria no faltan las disposiciones que se refieran a dicho deber. Entre otras, cabe destacar el artículo 186 de la Ley de Sociedades de Capital que establece, para las sociedades anónimas, una prohibición de ejercicio de los derechos de voto inherentes a las acciones de cuya representación en la Junta General hayan obtenido los administradores de una sociedad anónima en virtud de la formulación previa de una solicitud pública de representación por ellos mismos y para sí o por otros a favor de ellos, de especial importancia en los casos de sociedades cotizadas. De igual modo cabe destacar lo establecido por la Ley de Sociedades de Capital para las sociedades de responsabilidad limitada (art. 190 LSC), al prohibir dicho precepto el ejercicio del derecho de voto correspondiente a las participaciones de cualquier socio cuando éste sea a su vez administrador de la sociedad y el acuerdo que deba adoptar la Junta se refiera a materias en las que se presume que existe un conflicto de intereses para el administrador, siendo éstas las siguientes: (i) la concesión de la dispensa de la prohibición de

entrar en competencia con la sociedad, (ii) el establecimiento de prestaciones de obra o servicios entre el administrador y la sociedad y (iii) la concesión de financiación entre la sociedad y el socio administrador.

Con formato: Español (España)

5.6.2. Deberes legales

El grupo de deberes que ahora nos ocupa adquiere especial relevancia en lo que se refiere a la responsabilidad de los administradores por deudas, que será estudiada más adelante, ya que, si los administradores sociales incumplen algunos de sus deberes legales podrán ser responsables solidariamente junto a la sociedad por las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución (art. 367 LSC).

5.6.2.1. Deber de convocatoria de la Junta General

El deber de convocar la Junta General no opera de pleno derecho sino que surge cuando concurre un hecho que la Ley o los estatutos consideren que ha de conducir necesariamente a la disolución de la sociedad (STS de 26 de abril de 2005).

En el supuesto de la sociedad anónima, los administradores deberán convocar la Junta en el plazo de dos meses desde que concurra alguna de las siguientes causas de disolución previstas en el art. 363.1 LSC, a saber: (i) conclusión de la sociedad; (ii) imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social; (iii) paralización de los órganos sociales; (iv) pérdidas cualificadas 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 en caso de que la sociedad se encuentre en situación de insolvencia; (v) reducción del capital por debajo del mínimo legal y (vi) cualesquiera otras causas previstas en los estatutos de la sociedad. En la sociedad limitada además de por las anteriores causas, se disolverá por la falta de ejercicio de la actividad que constituye el objeto social durante tres años consecutivos (art. 363.2 LSC).

5.6.2.2. Deber de solicitud de la disolución judicial

El deber de los administradores de solicitar la disolución judicial tiene un doble presupuesto: (i) la subsistencia de la causa de disolución y (ii) el fracaso de la Junta General convocada para acordar la disolución. El primero de los presupuestos exige que la causa de disolución que motivó la convocatoria de la Junta no haya desaparecido, bien porque la sociedad ya no se encuentre en causa de disolución, bien porque en dicho momento la sociedad se encuentre en situación de insolvencia y tenga la obligación por tanto de declararse en concurso, o bien porque algún interesado haya instado en dicho plazo la disolución de la sociedad. El segundo de los presupuestos se refiere a que la Junta debidamente convocada no haya podido celebrarse, o no hubiera adoptado el acuerdo de disolución de la sociedad. En tal supuesto el Órgano de Administración tiene la obligación de solicitar la disolución judicial, si bien cada administrador de forma individual, como interesado, tendrá la facultad para instar la disolución judicial, evitando de este modo la responsabilidad personal por las obligaciones sociales.

5.6.2.3. Deber de solicitud del concurso

Como es sabido, el administrador de una entidad que no puede hacer frente a sus obligaciones, es decir, que se encuentra en un estado de insolvencia -actual o inminente- en el sentido previsto en el artículo 2 LC tiene la obligación de solicitar la declaración de concurso en el plazo de dos meses desde su conocimiento (art. 5.1 LC) tal y como será estudiado en el

Tema 9.

5.7. RESPONSABILIDAD

La evolución actual de la legislación mercantil relativa al Órgano de Administración y, sobre todo, en referencia al endurecimiento de las posibles acciones de responsabilidad que pueden iniciarse contra sus miembros, están provocando de una parte, la adopción de medidas tendentes a garantizar y asegurar la actuación del Órgano de Administración frente a eventuales acciones de responsabilidad; de otro lado, la paulatina “profesionalización” de los miembros de los órganos de administración, prestando especial importancia a la formación y experiencia profesional de las personas que lo integran; y, por último, el asesoramiento externo de los órganos de administración en cuantas actuaciones lleven a cabo.

La Ley de reforma de la LSC define por primera vez la figura del administrador de hecho [“Tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias del administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad” (vid. art. 236.3 LSC)] al hacer expresamente extensivo la responsabilidad de los administradores de derecho a los de hecho.

Asimismo, cabe señalar como dicha reforma legal recoge la responsabilidad como administrador de los altos directivos cuando haya consejo de administración y no exista delegación permanente de facultades en uno o varios consejos delegados y establece que la responsabilidad es solidaria entre el administrador persona jurídica y su representante persona física.

La reforma de la LSC operada por la Ley 31/2014 también extiende el régimen de responsabilidad de los administradores a personas asimiladas y facilita la interposición de la acción social de responsabilidad --a la que nos referiremos a continuación-- reduciendo la participación necesaria para obtener legitimación y permitiendo, en los casos de infracción del deber de lealtad, su interposición directa, sin necesidad de esperar a un acuerdo de la junta general (conformen prevén los artículos 236, 239 y 241 bis LSC tras la modificación operada por la Ley 31/2014).

Por último cabe destacar entre las novedades en materia de responsabilidad societaria introducidas por la Ley 31/2014 la presunción de culpabilidad de los administradores, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales y la previsión expresa de un plazo de prescripción para ejercitar las acciones de responsabilidad social e individual, de cuatro años a contar desde el día en que hubieran podido ejercitarse.

5.7.1. Presupuestos de la responsabilidad

Los administradores pueden llegar a responder con su patrimonio personal en los supuestos en los que no cumplan con los deberes inherentes a su cargo, anteriormente estudiados. El artículo 236 LSC dispone que los administradores de derecho o de hecho como tales, responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo.

5.7.2. Responsabilidad solidaria y causas de exoneración de la responsabilidad

Con formato: Español (España)

El artículo 237 de la Ley de Sociedades de Capital determina el carácter solidario de la responsabilidad entre los administradores y junto a la sociedad, al disponer que todos los miembros del Órgano de Administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta General (art. 236.2 LSC). Tampoco se verá exonerado de responsabilidad aquel administrador que alegue que se encontraba al margen de la gestión social ya que tal circunstancia contradice la obligación de todo administrador de desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal y, por tanto, en contra de las actuales exigencias de profesionalidad, eficacia y responsabilidad de los administradores sociales.

Sin perjuicio del carácter solidario de la responsabilidad de los administradores, la Ley prevé determinados supuestos de exclusión o moderación de la responsabilidad de ciertos administradores. Para los supuestos en que el daño se produce como consecuencia de la realización de actos del administrador contrarios a la Ley o a los estatutos, o por omisión de deberes legales, resulta suficiente que de esa infracción se derive un daño para que surja la responsabilidad. No se trata a partir de ahí de afirmar una responsabilidad profesional objetiva, sino que debe entenderse en el sentido de considerar que el hecho de incumplir la Ley o los estatutos implica cierto grado de negligencia, tratándose de la responsabilidad de quien, aun por ignorancia, no cumple los deberes que como administrador le corresponden. En tales supuestos no parece lógico que el administrador pueda exonerarse de responsabilidad probando que no hubo culpa por su parte. En primer lugar, debemos recordar que, como es sabido, el desconocimiento de la norma así como el conocimiento equivocado de la misma, parece que, en la mayoría de los casos, sólo será una prueba más de la negligencia del administrador, cuya diligencia exigible es superior a la general de un buen padre de familia prevista en el artículo 1104 CC. Por otra parte, para los casos en los que al administrador se le impute la infracción del deber genérico de la diligencia en el cumplimiento de su cargo, hay que recordar que la del administrador es una de las obligaciones consideradas «de medios», es decir, responde de las faltas de gestión y del incumplimiento de sus deberes de lealtad, pero no del éxito de su gestión. La prueba de que, en las circunstancias concretas de tiempo y de lugar, su actuación ha sido la propia de un ordenado empresario y representante leal, servirán para exonerarle de responsabilidad. Por último, cabe destacar que los casos fortuitos o de fuerza mayor, en el sentido previsto en el artículo 1105 CC, pueden jugar como circunstancias extrañas que, en caso de concurrir, interrumpirían el nexo causal entre la conducta del sujeto y la producción del daño. Por tanto, el administrador no responderá de los daños que sean consecuencia de un suceso ajeno a su ámbito de control. Sobre la base de las referidas disposiciones legales, nuestra doctrina y jurisprudencia ha establecido determinados supuestos en los que la responsabilidad de un administrador puede verse moderada e incluso excluida si concurren circunstancias concretas fijadas por nuestra jurisprudencia.

Por último, es importante destacar que la responsabilidad de los administradores de una sociedad que se encuentre en esta situación es solidaria entre todos los miembros del Órgano de Administración y con la sociedad. Por tanto, en el supuesto de responsabilidad previsto en el artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital, un acreedor podrá reclamar la totalidad de la deuda de cualquiera de los administradores (*ius electionis* y *ius variandi*). Si bien, la

solidaridad opera sólo frente a terceros, pero internamente la responsabilidad de los administradores es mancomunada, de manera que el administrador que hubiera pagado la deuda social podrá repetir contra la sociedad por la totalidad de la deuda pagada y contra los demás administradores por su cuota (arts. 1838 y 1839 CC).

Con formato: Español (España)

5.7.3. Acciones societarias de responsabilidad de administradores. Especial referencia a la situación de concurso de la sociedad

Las posibles acciones societarias que se pueden ejercitar frente a los administradores son las siguientes: la acción social, la acción individual por daños y la acción de responsabilidad por deudas de la sociedad. Existe una cuarta acción de responsabilidad de los administradores, si bien limitada a aquellos supuestos en los que la sociedad se encuentre en situación concursal, que es la acción de responsabilidad concursal, regulada en el artículo 172 bis de la Ley Concursal, que será analizado al estudiar la calificación culpable del concurso.

La Ley 38/2011, de 10 de octubre, que entró en vigor el pasado 1 de enero de 2012, modificó algunos aspectos de la Ley Concursal, entre los que se encuentra el sistema de coordinación de las acciones de responsabilidad societaria. Desde la citada reforma, una vez que se declare el concurso de la sociedad el administrador concursal tendrá la legitimación exclusiva para ejercitar las acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada contra sus administradores, auditores o liquidadores (art. 48 quáter LC); además, los jueces de lo mercantil no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión en las que se ejerciten acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución (art. 50.2 LC); y quedarán en suspenso hasta que finalice el concurso, los procedimientos iniciados antes de la declaración de concurso en los que se hubieran ejercitado acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución (art. 51 bis LC), quedando al margen de lo previsto en dicho precepto las acciones individuales por daño.

5.7.3.1. Acción social

La acción social es la acción propia de la sociedad contra sus administradores, basada en el daño causado al patrimonio social, sin perjuicio de que haya otros legitimados subsidiarios que pueden ejercerla subsidiariamente respecto de la sociedad porque están interesados en la reconstitución de ese patrimonio. Cuando los administradores incumplan los deberes inherentes al desempeño de su cargo referidos en el Epígrafe anterior y de dicha conducta se deriven consecuencias dañosas para la sociedad, podrá ejercitarse la acción social de responsabilidad para defender los intereses de ésta.

El ejercicio de la acción social de responsabilidad aparece regulado en el artículo 238 LSC. Dicho precepto legal determina que la responsabilidad de los administradores por daños al patrimonio social sólo es exigible cuando se cumplen determinados presupuestos expresamente previstos en la Ley, siendo posible que dicha acción sea ejercitada por la sociedad, por determinados socios o por los acreedores de ésta.

Los requisitos necesarios para su ejercicio varían en función de quien ejercita dicha acción, siendo en todo caso, insuficiencia del patrimonio social para la satisfacción de los créditos de la sociedad.

La Ley de reforma de la LSC ha supuesto una flexibilización del régimen de ejercicio de la acción social de responsabilidad, mediante la reducción al 3% del capital requerido en las sociedades cotizadas para la legitimación de la minoría y la posibilidad de ejercicio directo, sin necesidad de junta previa, en caso de infracción del deber de lealtad.

En primer lugar, debemos señalar que el ejercicio de la acción civil de responsabilidad contra un administrador negligente por daño al patrimonio social corresponde iure proprio a la sociedad, por medio de la Junta General, al ser éste el órgano de expresión de la voluntad social. De igual modo, la Junta puede en cualquier momento transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieran a ellos socios que representen el cinco por ciento del capital social, según establece el apartado segundo del artículo 238 LSC. Por otra parte, el art. 239 LSC legitima a los socios minoritarios para que también pueda ejercitar la acción social contra los administradores. En concreto, establece el art. 239 LSC respecto a la legitimación de la minoría para ejercitar dicha acción que: “el socio o socios que posean individual o conjuntamente una participación que les permita solicitar la convocatoria de la junta general, podrán entablar la acción de responsabilidad en defensa del interés social cuando los administradores no convocasen la junta general solicitada a tal fin, cuando la sociedad no la entablare dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo, o bien cuando este hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad”. Éstos podrán ejercitar directamente la acción social de responsabilidad cuando se fundamente en la infracción del deber de lealtad sin necesidad de someter la decisión a la junta general. Finalmente, ante la pasividad de la sociedad y de sus socios, el art. 240 LSC también legitima a los acreedores de la sociedad para ejercitar la acción social frente a los administradores de su sociedad deudora.

El ejercicio de la acción social por un acreedor de ésta requiere que en el patrimonio de la sociedad no haya bienes suficientes para satisfacer a sus acreedores. Se trata de una medida de protección del patrimonio de la sociedad deudora que puede ser ejercitada por sus acreedores, pero de la que es titular la sociedad, por lo que podemos establecer que el objeto de tutela de esta acción es el interés social por lo que tradicionalmente se ha entendido que la acción social tiene carácter unitario, aunque pueda ser ejercitada por diferentes sujetos. Por ello, las consecuencias inmediatas derivadas del ejercicio de la acción repercuten directamente en el patrimonio de la sociedad y no en el del acreedor instante de la acción, por lo que éste no percibe de modo directo el incremento patrimonial del ejercicio de una acción ajena, sino que será el patrimonio de la sociedad deudora el que se verá incrementado si la acción prospera y posteriormente el acreedor, sin ningún privilegio frente al resto, deberá intentar cobrar de la sociedad.

Por tanto, en los supuestos en los que el acreedor pueda ejercitar la acción individual a la que nos referiremos a continuación es comprensible que prefiera instar esa acción frente a la acción social, no dándose en la práctica muchos supuestos de acreedores que ejerciten la acción social de responsabilidad (STS de 22 de marzo de 2006).

En el caso de que la sociedad deudora se encuentre en concurso, desde la entrada en vigor de la Ley 38/2011 antes referida, el juez del concurso será el único competente para conocer de la acción social y la administración concursal la única legitimada para su ejercicio, ordenando al juez del concurso la acumulación de oficio de aquellos procesos en los que se hubiera ejercitado la acción social de responsabilidad con anterioridad a la declaración de concurso.

Con formato: Español (España)

5.7.3.2. Acción individual por daños

La Ley de Sociedades de Capital contempla en su artículo 236 los motivos por los cuales los administradores de las sociedades pueden incurrir en responsabilidad y, por tanto, responder con su propio patrimonio de los daños y perjuicios que puedan causar a terceros por sus propios actos. Dicho precepto prevé que los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios o accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar su cargo. La acción individual se dirige, por tanto, al resarcimiento de los daños directos e individuales causados a acreedores o socios concretos.

Las obligaciones legales son la fuente más clara de responsabilidad en caso de incumplimiento por sus administradores, si bien, su responsabilidad no se limita a lo previsto en éstas sino que, como veíamos al analizar los deberes de los administradores, éstos responderán, a su vez, por todos los actos realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar su cargo, es decir, contraviniendo su deber de diligencia. La acción individual de responsabilidad por daño se refiere a actos de los administradores que lesionen directamente el patrimonio individual de personas ajenas a la sociedad, y no el patrimonio de la sociedad, a diferencia de la acción social anteriormente referida. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta General (art. 236. 2 LSC).

La acción individual se encuentra tipificada en el artículo 241 LSC en el que se establece que quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos. Lo anterior implica que el ejercicio de la acción social, estudiada anteriormente, no excluye la subsistencia de las eventuales acciones conforme al derecho común, de quienes resulten directamente perjudicados en su patrimonio por actos realizados por los administradores en el ejercicio de su cargo. La acción individual que nos ocupa puede ser ejercitada por aquellas personas que acrediten haber sufrido un daño directamente imputable a una conducta (por acción u omisión) del administrador y por tanto, puede ser ejercitada tanto por los socios de la sociedad como por terceros ajenos a ésta.

La acción individual de responsabilidad por daño directo esencialmente requiere que el acreedor instante de esta acción acredite que ha existido: (i) una acción u omisión negligente imputable al administrador, (ii) un daño patrimonial causado directamente a un socio o a un tercero, en este caso el impago de las deudas a un acreedor y (iii) una relación de causalidad entre el comportamiento culposo del administrador y el perjuicio ocasionado al tercero. Entre los daños sufridos por el socio o el tercero que puede reclamar a los administradores sociales si acredita los extremos anteriores se encuentran los supuestos de causación dolosa de daños (incumplimiento consciente y voluntario) si tales daños son objetivamente imputables al administrador. Por ejemplo, si los administradores han continuado endeudando a la sociedad a sabiendas de la grave situación patrimonial que sufría la sociedad (por ejemplo, si estaba

incurra en causa de disolución o de concurso) y a pesar de ello agravan la situación de insolvencia de la sociedad de forma consciente, siendo necesario que el acreedor no tuviera conocimiento de dicha situación de disolución o insolvencia de la sociedad.

Como es sabido, la regla general es que responde la sociedad de los daños ocasionados como consecuencia del incumplimiento o de la incorrecta ejecución de un contrato celebrado con la sociedad, si bien en determinados casos, sus administradores pueden influir directamente en esa correcta o defectuosa ejecución pudiendo responder por los daños directos ocasionados a los acreedores de la sociedad. En estos casos serán de aplicación las normas sobre responsabilidad extracontractual al encontrarnos ante una lesión de un derecho de crédito por un tercero, por lo que no se trata de una infracción contractual pues este tipo de relación existiría entre la sociedad y el acreedor en concreto, no siendo, por tanto, parte el administrador social. En estos casos, el fundamento de la responsabilidad no es el contrato sino el comportamiento doloso del administrador (incumplimiento consciente y voluntario) respecto del que siempre existe un deber de indemnizar en la medida en que los daños derivados de dicho comportamiento resulten objetivamente imputables al comportamiento del administrador.

5.7.3.3. Acción de responsabilidad por deudas de la sociedad

Junto al régimen de responsabilidad societario anteriormente analizado (acción social y acción individual por daños), el legislador español introdujo en 1989 una nueva acción de responsabilidad de administradores, probablemente influido por el Derecho comparado.

Cualquier acreedor no puede acudir a los tribunales por la vía de la responsabilidad por deudas para obtener el cobro de sus créditos frente a los administradores sino sólo los titulares de créditos que tienen origen en un momento posterior a la concurrencia de la causa de disolución podrán ejercitar la acción de responsabilidad de administradores. Para ello será necesario acreditar que la sociedad se encontraba en alguno de los supuestos legales que exige la disolución o el concurso, o en su caso la convocatoria de Junta para tratar tal extremo y que, sin embargo, los administradores no cumplieron con sus obligaciones legales.

La diferencia entre esta acción y la acción individual por daño radica en que la responsabilidad por deudas de la sociedad se establece para el caso de incumplimiento de los deberes que la Ley les impone a los administradores, aunque no sean causantes del daño sufrido por el tercero instante de la acción, mientras que la responsabilidad por daños exige que dicho daño sea imputable directamente a la conducta del administrador demandado. Efectivamente, a diferencia de lo que ocurre con la acción individual por daños, en el caso que ahora nos ocupa basta con el incumplimiento de los deberes legales del administrador de convocar la Junta para que acuerde la disolución, o en su caso, solicitar la disolución judicial para que entre el juego la responsabilidad solidaria de los administradores con la sociedad ex art. 367 LSC, por lo que no es necesario acreditar un resultado dañoso ni la vinculación causal entre el acto ilícito y el daño. Se trata de una sanción extraordinariamente dura para el administrador de una sociedad. No obstante, debemos tener en cuenta que el objetivo de esta norma no es sancionar al administrador por la disminución del patrimonio social, sino por mantener en el tráfico, por ejemplo, una sociedad cuyo patrimonio se encuentra por debajo de la mitad del capital social, perjudicando a los acreedores para los que la cifra del capital de la

sociedad ya no significa nada.

Desde la entrada en vigor de la reforma de la Ley Concursal operada por la Ley 38/2011 (aplicable a concursos iniciados con posterioridad al 1 de enero de 2012) han quedado en suspenso las acciones de responsabilidad por deudas que hubieran sido ejercitadas antes de la declaración de concurso de la sociedad hasta la conclusión del procedimiento concursal (art. 51.1 bis LC) y, asimismo, se impide la admisión a trámite de nuevas demandas ex art. 367 LSC durante el mismo periodo (art. 50.2 LC).

Con formato: Español (España)

6. CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

6.1. COMPOSICIÓN DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

El Consejo de Administración es la forma más común de administración de las sociedades anónimas. Como vimos, el Consejo de Administración estará formado por un mínimo de tres miembros. Los estatutos fijarán el número de miembros del Consejo de Administración o bien un número máximo o mínimo, correspondiendo en este caso a la Junta de socios la determinación del número concreto de sus componentes. A diferencia de las sociedades anónimas en las que no existe un límite máximo de miembros del Consejo, en la sociedad de responsabilidad limitada, en caso de Consejo de Administración, el número máximo de los componentes del Consejo no podrá ser superior a doce (art. 242 LSC). El Consejo de Administración presenta determinadas ventajas frente al resto de formas de organización de la administración de la sociedad, ya que en el Consejo pueden participar accionistas, directivos y expertos independientes lo que enriquece al Órgano de Administración y, además, a través de la delegación de facultades a la que nos referiremos más adelante, se puede lograr que uno o varios consejeros (Consejeros delegados o Comisiones ejecutivas) ostenten facultades de representación muy amplias agilizando así el funcionamiento de las sociedades.

6.2. DESIGNACIÓN DE CONSEJEROS. SISTEMAS DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL Y DE COOPTACIÓN DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

Como vimos, la Junta General tiene la facultad de elegir a los miembros del Consejo de Administración. Esta facultad es absoluta en las sociedades de responsabilidad limitada, sin embargo, en las sociedades anónimas presenta dos excepciones:

- (i) el sistema de representación proporcional de las sociedades anónimas, regulado en el art. 243 LSC fue instaurado por el RD 823/1991, de 17 de mayo. Dispone el citado precepto que las acciones que voluntariamente se agrupen, hasta constituir una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de componentes del Consejo, tendrán derecho a designar los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción. En el caso de que se haga uso de esta facultad, las acciones así agrupadas no intervendrán en la votación de los restantes componentes del Consejo. Se trata, por tanto, de un sistema facultativo de

representación proporcional de las minorías en el Consejo de Administración, para impedir que los accionistas mayoritarios puedan designar a la totalidad de los miembros del Consejo.

- (ii) el sistema de cooptación, regulado en el art. 244 LSC, establece que en las sociedades anónimas, si durante el plazo para el que fueron nombrados los administradores se produjesen vacantes sin que existieran suplentes, el Consejo podrá designar entre los accionistas las personas que hayan de ocuparlas hasta que se reúna la primera Junta General. Con el objeto de evitar la costosa y compleja convocatoria de la Junta, la Ley faculta al propio Consejo para designar entre los accionistas a las personas que ocuparan las vacantes que se queden en el Consejo, si bien con carácter provisional, únicamente hasta la celebración de la siguiente Junta General, que podrá ratificar o no al miembro del Consejo que fue elegido provisionalmente. Aunque en principio este sistema se concibe como excepcional, en especial en las sociedades cotizadas se ha convertido en la regla general al permitirse de este modo la autoselección de los miembros del Consejo, es decir, que sean los propios administradores los que decidan sobre los demás integrantes del Consejo, si bien sometidos a la posterior ratificación de la Junta.

6.3. ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO

Con formato: Español (España)

El Consejo de Administración, como órgano colegiado que es, está sujeto a unas reglas de organización y funcionamiento en materia de convocatoria, constitución, adopción de acuerdos, etc. que, en principio, pueden ser libremente acordadas por cada sociedad. En esta materia regirán, en principio, lo previsto en los estatutos sociales.

El Consejo de Administración debe designar necesariamente a su Presidente. Entre las funciones del *Presidente del Consejo* se encuentran las siguientes: (i) convocar la Junta General y al propio Consejo; (ii) verificar que se facilita la información previa solicitada por los consejeros; (iii) verificar y declarar la válida constitución del Consejo de Administración; (iv) dirigir las reuniones del Consejo de Administración, otorgando y retirando la palabra, ordenando la votación y proclamando el resultado; (v) otorgar el visto bueno a las certificaciones expedidas por el *Secretario del Consejo de Administración*; y (vi) ser el destinatario de las comunicaciones y notificaciones que se dirijan a la sociedad. Por su parte, el *Vicepresidente del Consejo* tiene la función de sustituir al Presidente en sus funciones. Finalmente, el *Secretario del Consejo* tiene la función y facultad, entre otras; (i) de colaborar con el Presidente en la preparación de las sesiones; (ii) redactar las actas de las sesiones del Consejo; (iii) conservar y custodiar los libros de actas y demás documentación societaria; y (iv) ostentar la Secretaría de la Junta General, entre otras.

El Consejo de Administración será convocado por su Presidente o el que haga sus veces. Los administradores que constituyan al menos un tercio de los miembros del Consejo podrán convocar al Consejo, indicando el Orden del día, para su celebración en la localidad donde radique el domicilio social, si, previa petición al presidente, éste sin causa justificada no hubiera hecho la convocatoria en el plazo de un mes (art. 246 LSC, en su redacción dada por la Ley 25/2011, de 1 de agosto). En las sociedades anónimas el Consejo de Administración quedará válidamente constituido cuando concurren a la reunión, presentes o representados, la mayoría de los vocales (art. 247.2 LSC), mientras que en las sociedades de responsabilidad limitada el Consejo de Administración quedará válidamente constituido cuando concurren, presentes o representados, el número de consejeros previsto en los estatutos, siempre que

alcancen, como mínimo, la mayoría de los vocales (art. 247.1 LSC).

El consejo de administración deberá reunirse, al menos, una vez al trimestre, tal y como dispone el art. 245.3 LSC introducido por la Ley de reforma de LSC.

Con formato: Español (España)

6.4. IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS

Los acuerdos del Consejo de Administración en las sociedades anónimas se adoptarán por mayoría absoluta, es decir, más de la mitad de los consejeros concurrentes a la sesión presentes o representados. La votación por escrito y sin sesión sólo será admitida cuando ningún consejero se oponga a este procedimiento (art. 248 LSC). Las discusiones y acuerdos del Consejo de Administración se llevarán a un Libro de actas, al que se refiere el art. 26.1 C. Com., debiendo ser firmada el Acta del Consejo por el Presidente y el Secretario del Consejo (art. 250 LSC). La firma de estas dos personas es una garantía más de la veracidad del Acta, de manera que si falta alguna de ellas habrá de ser sustituida por alguna persona que tenga su nombramiento inscrito en el Registro Mercantil. No obstante, habrá de considerarse válida el Acta levantada por un Notario que asiste a la sesión. En la Certificación del Acta que recoja acuerdos inscribibles en el Registro Mercantil habrán de constar los nombres de los miembros del Consejo asistentes a la reunión, para que el Registrador, a la hora de calificar la validez de los acuerdos, pueda comprobar que los asistentes tienen sus cargos vigentes y debidamente inscritos en el propio Registro.

Los acuerdos del Consejo de Administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración (Comisión delegada o Comisión ejecutiva) podrán ser objeto de impugnación. No cabe, por tanto, impugnación contra las decisiones de los Órganos de administración unipersonales (Administrador único, Administradores solidarios o Consejeros delegados).

Los administradores podrán impugnar los acuerdos impugnables del Consejo, desapareciendo con la Ley de reforma de la LSC la antigua distinción entre acuerdos nulos y anulables que vimos al estudiar la impugnación de los acuerdos de la Junta General.

El plazo de impugnación de los acuerdos del Consejo de administración es más reducido, al establecerse un plazo general de treinta días (art. 251.1 LSC). Aunque la cuestión podría prestarse a discusión, entendemos que este plazo no resulta de aplicación para los supuestos de acuerdos contrarios al orden público.

El artículo 251.1 LSC reconoce como legitimados a los administradores y a los socios que representen un 1 % del capital social, aunque este porcentaje se reduce — al igual que para la junta general — al 0,1% en el caso de las sociedades cotizadas [art. 495.2.b) LSC], lo que supone una importante reducción respecto al régimen legal anterior.

Con formato: Español (España)

Con formato: Español (España)

La impugnación se tramitará conforme a lo establecido para la impugnación de los acuerdos de la Junta General anteriormente estudiada con la particularidad de que, en este caso, también procederá por infracción del reglamento del consejo de administración (art. 251.2 LSC).

6.5. DELEGACIÓN DE FACULTADES

El Consejo de Administración puede delegar facultades concretas y/o temporalmente mediante el otorgamiento de poderes o bien puede delegarlas de forma general y/o permanente creando dentro de sí otro órgano, que frente a terceros ostentará el mismo poder legal de representación que el propio Consejo. En la práctica es frecuente que los miembros

del Consejo no tengan la capacidad y los conocimientos para gestionar el día a día de la sociedad, y utilicen esa posibilidad que les confiere la Ley de delegar las facultades de gestión a favor de determinadas personas, normalmente a un comisión del propio Consejo integrada por Consejeros directivos; a favor de un consejero que pasará a ser Consejero delegado o de una Comisión ejecutiva; o a favor del principal directivo que ocupa también la presidencia del Consejo, denominado Presidente ejecutivo con delegación de facultades. Todo ello sin perjuicio de los apoderamientos que, como vimos, podían conferir a cualquier persona, y siempre que los estatutos de la sociedad no dispongan otra cosa (art. 249.1 LSC).

La materia relativa a delegación de facultades es una de las materias que más se ha visto afectada por la Ley de reforma de la LSC.

Entre las reformas introducidas cabe destacar la obligación que ahora prevé la LSC de suscribir un contrato entre la sociedad y el miembro de su consejo de administración que sea nombrado consejero delegado o al que se atribuyan funciones ejecutivas, que deberá ser aprobado por una mayoría cualificada del consejo. El art. 249.3 LSC prevé que cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, será necesario que se celebre un contrato entre este y la sociedad que deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros. El consejero afectado deberá abstenerse de asistir a la deliberación y de participar en la votación. El contrato aprobado deberá incorporarse como anejo al acta de la sesión. En el contrato se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, incluyendo, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro. El consejero no podrá percibir retribución alguna por el desempeño de funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en ese contrato. Dicho contrato deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general.

Además, la Ley de reforma de la LSC ha ampliado las facultades indelegables del consejo de administración del conjunto de las sociedades mercantiles de modo que en ningún caso podrán ser objeto de delegación, siendo dichas facultades indelegables las previstas en el art. 249 bis LSC:

- a) La supervisión del efectivo funcionamiento de las comisiones que hubiera constituido y de la actuación de los órganos delegados y de los directivos que hubiera designado.
- b) La determinación de las políticas y estrategias generales de la sociedad.
- c) La autorización o dispensa de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo dispuesto en el artículo 230 LSC.
- d) Su propia organización y funcionamiento.
- e) La formulación de las cuentas anuales y su presentación a la junta general.
- f) La formulación de cualquier clase de informe exigido por la ley al órgano de administración siempre y cuando la operación a que se refiere el informe no pueda ser delegada.

- g) El nombramiento y destitución de los consejeros delegados de la sociedad, así como el establecimiento de las condiciones de su contrato.
- h) El nombramiento y destitución de los directivos que tuvieran dependencia directa del consejo o de alguno de sus miembros, así como el establecimiento de las condiciones básicas de sus contratos, incluyendo su retribución.
- i) Las decisiones relativas a la remuneración de los consejeros, dentro del marco estatutario y, en su caso, de la política de remuneraciones aprobada por la junta general.
- j) La convocatoria de la junta general de accionistas y la elaboración del orden del día y la propuesta de acuerdos.
- k) La política relativa a las acciones o participaciones propias.
- l) Las facultades que la junta general hubiera delegado en el consejo de administración, salvo que hubiera sido expresamente autorizado por ella para subdelegarlas.

Por último cabe destacar como, en lo que respecta a las sociedades cotizadas, la LSC establece otras facultades adicionales que no podrán ser objeto de delegación, con el fin de preservar la función general de supervisión y control que corresponde al Consejo de administración. Y es que al margen de las facultades indelegables del nuevo artículo 249 bis LSC anteriormente trascritas, que se aplican a todas las sociedades mercantiles, la Ley de Reforma de la LSC ha previsto también la prohibición expresa de que el consejo de administración de las sociedades cotizadas delegue otra serie de facultades añadidas. Este régimen se incluye en el nuevo artículo 529 ter LSC a cuyo contenido nos remitimos.

Con formato: Español (España)

7. GOBIERNO CORPORATIVO: EL «BUEN GOBIERNO» DE LAS SOCIEDADES

El Buen Gobierno o «Corporate Governance» puede ser definido como el conjunto de mecanismos mediante los cuales una empresa es dirigida y controlada o como estableció la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, Principios de Gobierno Corporativo de la OECD en 2004 “el gobierno corporativo abarca un conjunto de relaciones entre la administración de la empresa, su Consejo de Administración, sus accionistas y otras partes interesadas. También proporciona la estructura a través de la que se fijan los objetivos de la compañía y se determinan los medios para alcanzar esos objetivos y supervisar el desempeño”.

El gobierno corporativo constituye uno de los temas más relevantes de la actualidad jurídica y societaria de los últimos tiempos. La importancia adquirida por el Consejo de Administración dentro de la estructura corporativa de las grandes sociedades cotizadas, ha dado lugar a un amplio proceso de valoración del cometido y las funciones que han de corresponder al Consejo de este tipo de sociedades. Aunque adquiere mayor relevancia en el ámbito de las

sociedades anónimas cotizadas, también es importante para otras empresas e instituciones, incluso para las no societarias como las Cajas de Ahorros, otras entidades que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores o las empresas públicas. En definitiva, el Buen Gobierno de las sociedades constituye la respuesta necesaria para afrontar los nuevos riesgos económicos (globalización, desregulación, inversión en nuevas tecnologías), jurídicos (incremento de las responsabilidades empresariales) y éticos (crisis de los valores morales empresariales) que desde la década de 1990 ha demostrado la debilidad de las sociedades y del sistema económico y financiero.

Se puede entender que el primer Código de Buen Gobierno relevante que existió en España fue el creado por la Comisión Especial presidida por el Profesor Olivencia en 1998, que consistía en un informe y una serie de veintitrés recomendaciones sobre buen gobierno en sociedades cotizadas que se conoce como “Código Olivencia”. Dicho Código tenía como objetivo que las sociedades se comprometiesen a su cumplimiento e informasen al mercado. Posteriormente se creó una segunda comisión que se conoce como “Comisión Aldama” que presentó sus conclusiones y recomendaciones en 2003, entre las que destaca su recomendación de que el legislador obligara a las empresas a que informen sobre sus prácticas de buen gobierno y a exigir responsabilidades a aquellos administradores que no cumplan con sus obligaciones. En resumen, dicha Comisión emitió nuevas recomendaciones y solicitó medidas para asegurar mayor calidad de la información al mercado a través de un Informe Anual de Gobierno Corporativo. Dicha propuesta tuvo su reflejo en la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas (en adelante, Ley de Transparencia), que amplió los supuestos de responsabilidad de administradores en las sociedades anónimas y obligó a que todas las sociedades anónimas cotizadas publicaran anualmente el Informe de Gobierno Corporativo (inicialmente regulado en el art. 116 LMV y actualmente recogido en el art. 61 bis LMV, según las modificaciones introducidas por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible –en adelante, Ley de Economía Sostenible-). A su vez, la Ley de Transparencia encargó a la CNMV que actualizara y unificara el Código de Buen Gobierno. A través de las Orden ECO/3722/2003 y la Circular 1/2004 de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), se reguló el contenido mínimo y estructura que debía tener el Informe Anual de Gobierno Corporativo.

En mayo de 2006 fue aprobado por la CNMV el Código unificado de Buen Gobierno o “Código Conthe” (en honor al entonces Presidente de la CNMV), que fue actualizado parcialmente en junio de 2013 cuyo propósito fue convertir al Consejo de Administración en un órgano de control y de supervisión de los directivos de las sociedades cotizadas (consejeros delegados, altos directivos, etc.) y alinear sus intereses con los de los accionistas. Este Código armonizaba y actualizaba todas las recomendaciones anteriores. La CNMV, a través de la Circular 4/2007 estableció las pautas para adaptar el Informe de Gobierno Corporativo al Código Conthe. Nuevas modificaciones al Informe Anual de Gobierno Corporativo fueron introducidas en 2011 a través de la Ley de Economía Sostenible y mediante la Orden ECC/461/2013 de 20 de marzo se determinaba el contenido y la estructura del informe anual de gobierno corporativo, del informe anual sobre remuneraciones y de otros

Con formato: Español (España)

instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas, de las cajas de ahorros y de otras entidades que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores, cuyo contenido fue desarrollado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores a través de los modelos de informe anual de gobierno corporativo de las sociedades anónimas cotizadas, de las cajas de ahorros y de otras entidades que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores que publicó la Circular 5/2013 de 12 de junio.

Como se puede observar por las distintas medidas adoptadas, en los últimos años se han intensificado las acciones relacionadas con las buenas prácticas en materia de gobierno corporativo, en especial por el inicio de la crisis financiera internacional, por el convencimiento generalizado de la importancia de que las sociedades cotizadas sean gestionadas de manera adecuada y transparente como factor esencial para la generación de valor en las empresas, la mejora de la eficiencia económica y el refuerzo de la confianza de los inversores.

Por lo anterior, en España, se introdujo como uno de los objetivos del Plan Nacional de Reformas 2013, ampliar el marco del buen gobierno corporativo en España con el objetivo de mejorar la eficacia y responsabilidad en la gestión de las sociedades españolas y, al tiempo, situar los estándares nacionales al más alto nivel de cumplimiento comparado de los criterios y principios internacionales de buen gobierno.

Así, por Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013 se creó en España una comisión de expertos en materia de gobierno corporativo para proponer las iniciativas y las reformas normativas adecuadas para garantizar el buen gobierno de las empresas, y para prestar apoyo y asesoramiento a la Comisión Nacional del Mercado de Valores en la modificación del Código Unificado de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas (Código Conthe).

El 14 de octubre de 2013, la Comisión Nacional del Mercado de Valores publicó el resultado de la primera parte del trabajo de la referida comisión de expertos: un informe sobre las propuestas de modificaciones normativas en materia de gobierno corporativo. Y, el 4 de diciembre de 2014 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital ("LSC") para la mejora del gobierno corporativo. Las modificaciones introducidas por esta nueva Ley a la LSC parten de la base del citado informe de la comisión de expertos y respetaba la práctica totalidad de sus recomendaciones. Las principales modificaciones podrían ser las siguientes, agrupadas en dos grandes bloques: (i) Juntas de accionistas: Las reformas van encaminadas a ampliar las competencias de la junta general, reforzar los derechos de los accionistas minoritarios y asegurar la transparencia de la información que reciben los accionistas. (ii) Consejos de administración: Las reformas tienen como objetivo, entre otros aspectos, reforzar el régimen jurídico de los deberes y la responsabilidad de los administradores, promover la diversidad de género, experiencia y conocimientos en los consejos, introducir la figura del consejero coordinador —cuando confluyan en la misma persona los cargos de presidente del consejo y

Con formato: Español (España)

primer ejecutivo, reducir el plazo de mandato a 4 años, clarificar el régimen de remuneraciones y su aprobación por la junta, o convertir en obligatoria, por mandato legal para las sociedades cotizadas, además de la comisión de auditoría, la comisión de nombramientos y retribuciones.

Con formato: Español (España)

Con el estudio para la elaboración del informe, la comisión de expertos citada, empezó a diferenciar aquellas cuestiones que debían ser propuestas para la mejora del marco regulatorio vigente en España, lo que dio lugar a la Ley 31/2014 ya citada, de las medidas que debían constituir recomendaciones de seguimiento voluntario sujetas al principio de “cumplir o explicar”, que son las que se deben contener en un código. Así, con fecha 24 de febrero de 2015 la Comisión Nacional del Mercado de Valores hizo público el nuevo Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas (el “Código”), elaborado con el apoyo de la Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo y aprobado por Acuerdo del Consejo de la CNMV el día 18 de febrero de 2015.

El nuevo Código, que sustituye al Código Conthe unificado de 2006, actualizado en 2013, completa la reforma del marco normativo del gobierno corporativo en España, cuyo primer exponente fue la referida reforma de la Ley de Sociedades de Capital, a través de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo.

El nuevo Código está compuesto por 64 recomendaciones, frente a las 53 de la versión de junio de 2013. Las recomendaciones se agrupan en tres grandes bloques: aspectos generales, junta general de accionistas y consejo de administración. Como novedad, el Código se ajusta a un nuevo formato que parte de distinguir e identificar 25 principios que sirven de base para las distintas recomendaciones de carácter concreto y específico. Las sociedades cotizadas deberán dar cuenta, según el principio de “cumplir o explicar”, del seguimiento de los distintos aspectos recogidos en el Código en los informes anuales de gobierno corporativo que remitan a la CNMV en 2016. Corresponderá a los accionistas, a los inversores y, en general, a los mercados valorar las explicaciones que las sociedades cotizadas den en relación con el no seguimiento o el seguimiento parcial de las recomendaciones que, en su caso, corresponda.

A nivel europeo, destacamos el Libro Verde de la Comisión Europea “La normativa de gobierno corporativo de la UE” que fue publicado en el mes de abril de 2011, con la finalidad de evaluar la eficacia de la normativa actual de gobierno corporativo de las empresas europeas. El Libro Verde planteó una serie de cuestiones para que los Estados miembros, el Parlamento Europeo, el Comité Económico y Social y otras partes interesadas expresasen su opinión al respecto. Los tres temas tratados, todos ellos centrales para el buen gobierno corporativo, fueron (i) el Consejo de Administración; (ii) los accionistas; y (iii) la aplicación del principio “cumplir o explicar”. El planteamiento de las cuestiones tratadas en el Libro Verde marcan una tendencia de hacia donde se dirigen las futuras Leyes y recomendaciones en la materia. Destacamos las siguientes consideraciones del Libro Verde: (i) el gobierno corporativo y la responsabilidad social de las empresas son elementos clave para cimentar la confianza de las personas en el mercado único; y (ii) el gobierno corporativo es un medio para

frenar planteamientos a corto plazo perjudiciales y la asunción de riesgos excesivos.

Respecto a la obligatoriedad del actual Código debemos señalar que, al igual que el Código Conthe, el mismo no es vinculante, si bien las sociedades cotizadas que no cumplan las recomendaciones previstas en el mismo, tendrán que justificarlo en el Informe Anual de Gobierno Corporativo cuya presentación si es obligatoria. Corresponderá a la Comisión Nacional del Mercado de Valores el seguimiento de las reglas de gobierno corporativo, a cuyo efecto podrá recabar cuanta información precise al respecto, así como hacer pública la información que considere relevante sobre su grado efectivo de cumplimiento, y ello sin perjuicio de las sanciones que proceda imponer a las sociedades cotizadas por la falta de remisión de la documentación o del informe de gobierno corporativo, o la existencia de omisiones o datos engañosos o erróneos (art. 540.5 LSC).

El Informe de Gobierno Corporativo deberá ofrecer una explicación detallada de la estructura del sistema de gobierno de la sociedad y de su funcionamiento en la práctica. En todo caso, el contenido mínimo del informe de gobierno corporativo será el siguiente (art. 540.4 LSC): (i) estructura de propiedad de la sociedad (que habrá de incluir, información relativa a los accionistas con participaciones significativas, información de las participaciones accionariales de los miembros del Consejo de Administración, etc.); (ii) cualquier restricción a la transmisibilidad de valores y cualquier restricción al derecho de voto; (iii) estructura de la administración de la sociedad (que habrá de incluir: información relativa a la composición, reglas de organización y funcionamiento del Consejo de Administración y de sus comisiones; identidad y remuneración de sus miembros, funciones y cargos dentro de la sociedad, sus relaciones con accionistas con participaciones significativas, etc.); (iv) operaciones vinculadas de la sociedad con sus accionistas y sus administradores y cargos directivos y operaciones intragrupo; (v) sistemas de control del riesgo, incluido el fiscal; (vi) funcionamiento de la Junta General; (vii) grado de seguimiento de las recomendaciones de gobierno corporativo, o, en su caso, la explicación de la falta de seguimiento de dichas recomendaciones; y (viii) sistemas internos de control y gestión de riesgos en relación con el proceso de emisión de la información financiera. Como novedad introducida por la Ley 31/2014, respecto al contenido mínimo del informe de gobierno corporativo, podemos destacar que se añade la información sobre las medidas que se hayan adoptado para procurar incluir en el consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar un presencia equilibrada de mujeres y hombres, así como las medidas que, en su caso, hubiere convenido la comisión de nombramientos. Asimismo, en los sistemas de control de riesgo, se añade la referencia al fiscal.

La información incluida en el Informe Anual de Gobierno Corporativo sobre la composición del Consejo de Administración, sus comisiones delegadas y la calificación de sus consejeros, debía elaborarse de acuerdo con las definiciones del Ministro de Economía y Hacienda o, con su habilitación expresa, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Destacar que en 2011, la Ley de Economía Sostenible otorgó rango legal al uso de las definiciones de las categorías de consejeros y la Ley 31/2014 incluyó en el artículo 529 duodécimo de la LSC las distintas clases de consejeros previstas en la Orden ECC/461/2013, de 20 de marzo, i.e., consejeros ejecutivos, dominicales e independientes, y se mantiene la de otros consejeros externos.

Además, las sociedades cotizadas y otras entidades que emitan valores cotizados deberán difundir a través de sus páginas webs los hechos e información más relevantes previamente comunicados a la CNMV con toda exactitud, garantizando que esta información se efectúa de manera comprensible, gratuita, directa y de fácil acceso para los inversores, incluso se regula el contenido mínimo que deberá tener la página web de una sociedad cotizada, de forma actualizada y con las especificaciones técnicas y jurídicas que determine la CNMV.

Por último, cabe destacar lo dispuesto en el art. 541 LSC (añadido también por la Ley de Economía Sostenible) que junto con el Informe Anual de Gobierno Corporativo, el Consejo de las sociedades anónimas cotizadas deberá elaborar también un “Informe anual sobre las remuneraciones de sus consejeros”, que incluirá información completa, clara y comprensible sobre la política de remuneraciones de la sociedad aprobada por el Consejo para el año en curso, así como, en su caso, la prevista para años futuros. El Informe anual sobre las remuneraciones de sus consejeros debe ser sometido a votación por la Junta General Ordinaria de Accionistas con carácter consultivo. La Circular 4/2013, de 12 de junio, incorporó los modelos de informe anual de remuneraciones de los consejeros de sociedades anónimas cotizadas y de los miembros del consejo de administración y de la comisión de control de las cajas de ahorros que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores (art. 541 LSC).

CASO PRÁCTICO

La sociedad LA MEJOR INVERSIÓN CAPITAL PRIVADO, SA, dedicada a la promoción y gestión de fondos de capital riesgo y está, integrada por tres socios (Pepe, Juan y María) que, a su vez, son miembros del Consejo de Administración. El citado Consejo de Administración ha adoptado un acuerdo en la reunión del Consejo celebrada el 1 de marzo de 2012 en virtud del cual se aprueba la distribución de un importante *bonus* a favor de los empleados (incluidos los socios) que hayan obtenido unos fondos anuales superiores a un millón de euros. Juan y María, que se dedican a viajar por todo el mundo captando fondos para la sociedad y que han obtenido en el último año unos fondos superiores al millón de euros, han votado a favor de dicho acuerdo del Consejo. Sin embargo, Pepe, que se dedica normalmente a las labores financieras y contables de la sociedad, y no a la obtención de fondos por su fobia a los aviones, ha votado en contra del referido acuerdo del Consejo, ya que entiende que al haber venido arrastrando pérdidas la sociedad, considera que dicho acuerdo en el que se aprueba el reparto del *bonus* sería perjudicial para los intereses de la sociedad. Por el contrario, Juan y María alegan que si no se incentiva la obtención de fondos la sociedad estará perdida.

Indique si Pepe podrá iniciar acciones para impugnar el acuerdo del Consejo de 1 de marzo de 2012 y, en caso de que su respuesta sea afirmativa, el procedimiento a seguir y los motivos que alegaría para impugnar dicho acuerdo. En el supuesto de que Ud. representara a la sociedad, indique qué podría alegar para defender la validez del acuerdo. Por último, ¿creé Ud. que el acuerdo impugnado podría tener alguna relación con la retribución de administradores? De ser así, indique qué aspectos deberán ser tenidos en consideración.

Con formato: Español (España)

BIBLIOGRAFÍA

CABALLERO GEA, J.A., *Ley de Sociedades de Capital. Síntesis y ordenación de la doctrina de los Tribunales y de la Dirección General de los Registros y del Notariado*. Madrid, Dykinson, 2011.

GIMENO-BAYÓN COBOS, R. (Dir), *Órganos de la sociedad de capital. Tomo I: Junta General e impugnación de acuerdos, los administradores y su responsabilidad*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

Con formato: Español (España)

HOPT, K.J., *Estudios de Derecho de sociedades y del Mercado de Valores*. Madrid, Marcial Pons, 2010.

MATEU DE ROS CEREZO, R., *El Código Unificado de Gobierno Corporativo*, Navarra, Aranzadi – Thomson, 2007.

Con formato: Español (España)

MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*. 7ª ed., Barcelona, Bosch, 2011.

OLCESE SANTOJA, A., *Teoría y práctica del buen gobierno corporativo*. Madrid, Marcial Pons, 2005.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., *Comentario de la LEY de Sociedades de Capital. Tomo II*, Navarra, Aranzadi, 2011.

SÁNCHEZ CALERO F, y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. I3ª Ed. Pamplona, 2012.

VEGA VEGA, J.A.: *Sociedades de Capital*. Colección UEX, Cáceres, 2014.

VIVES RUIZ, F.: *La impugnación de acuerdos sociales en la reforma de la legislación mercantil*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2014.

TEMA 5

Órganos de la Sociedad

JUANA MARÍA PARDO PARDO

Profesora de Marco Jurídico de la Empresa. Universidad Pontificia Comillas

1. EXPRESIÓN ORGÁNICA DE LA VOLUNTAD DE LA PERSONA JURÍDICA. 2. LA JUNTA GENERAL. TIPOS DE JUNTA: JUNTA GENERAL ORDINARIA Y EXTRAORDINARIA. JUNTA GENERAL Y ESPECIAL. JUNTA UNIVERSAL. 3. CONVOCATORIA, CONSTITUCIÓN Y REPRESENTACIÓN EN JUNTA. DERECHO DE INFORMACIÓN, DELIBERACIÓN Y ADOPCIÓN DE ACUERDOS. IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES. 4. EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN. SISTEMAS DE GOBIERNO CORPORATIVO: MONISTA Y DUALISTA. 5. NOMBRAMIENTO, CAPACIDAD Y PROHIBICIONES. DURACIÓN, RETRIBUCIÓN. 6. DEBERES Y RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES. 7

Con formato: Español (España)

CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN: COMPOSICIÓN. DESIGNACIÓN. SISTEMAS DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL Y DE COOPTACIÓN DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS. ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO. IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS. DELEGACIÓN DE FACULTADES Y FACULTADES INDELEGABLES. 8. GOBIERNO CORPORATIVO: EL "BUEN GOBIERNO" DE LAS SOCIEDADES

Con formato: Español (España)

1. EXPRESIÓN ORGÁNICA DE LA VOLUNTAD DE LA PERSONA JURÍDICA

1.1 Junta general y órgano de Administración

Con formato: Español (España)

Las sociedades de capital, como entidades jurídicas dotadas de personalidad, responden a un modelo de organización corporativa que tiene como pilares fundamentales dos órganos: por una parte, la Junta General, como órgano soberano de formación, expresión y control de la voluntad social, y, por otra parte, el Órgano de Administración, como órgano encargado de gestionar y representar a la sociedad, encontrándose éste último supeditado a las decisiones de la Junta General.

La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, en vigor desde el pasado 24 de diciembre de 2014, ha modificado la Ley de Sociedades de Capital ("LSC") para la mejora del gobierno corporativo ("Ley de reforma de la LSC"). Los cambios introducidos por la Ley de reforma de la LSC van referidos a los dos órganos que configuran la estructura corporativa de las sociedades de capital que analizaremos a continuación: la Junta General y el órgano de Administración.

Algunas de las modificaciones introducidas por la Ley 31/2014 en la LSC afectan a la junta general de accionistas y a los derechos de los accionistas, con el recurrente propósito –según se afirma en el preámbulo de la Ley de Reforma de la LSC– de "reforzar su papel y abrir cauces para fomentar la participación accionarial".

Otras de las modificaciones introducidas por dicha Ley afectan al Órgano de Administración y, más específicamente para el caso de las sociedades cotizadas, en el consejo de administración, por la necesidad de "regular ciertos aspectos a los cuales se viene otorgando cada vez mayor relevancia, como son, por ejemplo, la transparencia de los órganos de gobierno, el tratamiento equitativo de todos los accionistas, la gestión de los riesgos o la independencia, participación y profesionalización de los consejeros", según prevé el Preámbulo de la Ley de Reforma de la LSC.

Con carácter previo a analizar la Junta General y el Órgano de Administración de las sociedades de capital, debemos advertir que cuando nos refiramos a las sociedades anónimas, estaremos analizando el régimen de las sociedades anónimas no cotizadas. Las sociedades anónimas cotizadas están sujetas a una serie de especialidades reguladas en el Título XIV de la LSC (arts. 494 a 529) y estarán obligadas a disponer de una página web corporativa (art. 11 bis Real Decreto-Ley 9/2012), si bien, en lo que no esté previsto en dicho Título se regirán por las disposiciones aplicables a las sociedades anónimas en general y por las demás normas que les sean de aplicación.

Con formato: Español (España)

Las sociedades de capital necesitan valerse de órganos para el despliegue de su actividad interna y externa. A la Junta General corresponde la toma de decisión en los asuntos más importantes para la sociedad, no sólo la designación del Órgano de Administración, sino también su control, ya que ante ella los administradores han de rendir cuentas. La LSC dedica su Título V a la Junta General.

La Junta General es un órgano necesario, de funcionamiento discontinuo (es decir, no permanente, ya que, en general, sólo se reúne si es previamente convocada), e irresponsable de la gestión de la sociedad (ya que la gestión de la sociedad corresponde con carácter exclusivo al Órgano de

Administración, como veremos). En Junta General los accionistas o socios acuerdan la política social. Sus decisiones obligan tanto a los administradores como a los accionistas, aunque votaran en contra o estuvieron ausentes. Por tanto, se puede hablar de la existencia de una voluntad social diferente de la voluntad de cada uno de los socios. La Junta General es por su propia naturaleza un órgano cambiante (ya que las acciones son, por esencia, transmisibles), y no permanente (puesto que sólo se reúne esporádicamente). Por ello, no resulta el órgano idóneo para administrar y controlar la gestión de la empresa. Por ello, se exige que además de la Junta General exista un Órgano de Administración con el objeto de administrar el patrimonio de la sociedad y determinar la política empresarial que ésta ha de seguir.

Por su parte, el Órgano de Administración es un órgano de carácter necesario (al igual que la Junta General), permanente (no esporádico como la Junta), de actuación interna y externa, a diferencia de la Junta que es meramente interna; y responsable de la gestión de la sociedad. Podemos decir que el Órgano de Administración ejerce tres tipos de competencias principales: gobierno, gestión y representación de la sociedad. La LSC dedica su Título VI a la Administración de la sociedad.

Existen diferentes tipos de Órganos de Administración: (i) un administrador único; (ii) dos o más administradores que actúen individualmente (administradores solidarios); (iii) dos administradores que actúen conjuntamente (administradores mancomunados), o (iv) un Consejo de Administración (integrado por un mínimo de tres miembros, ya que siempre que existan más de dos administradores con facultades mancomunadas será obligatorio que se establezca un Consejo).

El Consejo de Administración es la forma más común de administración de las sociedades de capital. La gran ventaja del Consejo es que es un órgano en el que pueden estar representados diversos socios, participando, por tanto, en la administración de la sociedad.

1.2 Competencias y conflictos inter orgánicos

La Junta General tiene competencia exclusiva para deliberar y adoptar acuerdos sobre los asuntos previstos en el art. 160 LSC (recientemente reformado por el apartado uno del artículo único de la Ley de reforma de la LSC): (i) la aprobación de las cuentas anuales, la aplicación del resultado y la aprobación de la gestión social; (ii) el nombramiento y separación de los administradores, de los liquidadores y, en su caso, de los auditores de cuentas, así como el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra cualquiera de ellos; (iii) la modificación de los estatutos sociales; (iv) el aumento y la reducción del capital social; (v) la supresión o limitación del derecho de suscripción preferente y de asunción preferente; (vi) la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales, presumiéndose el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado; (vii) la transformación, la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero; (viii) la disolución de la sociedad; (ix) la aprobación del balance final de liquidación y (x) cualesquiera otros asuntos que determinen la ley o los estatutos sociales.

Cabe destacar cómo la reforma de la LSC extiende a las sociedades anónimas la posibilidad de que la junta general intervenga en asuntos de gestión, impartiendo instrucciones al órgano de administración o sometiendo a autorización la adopción por éste de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos. Además, incluye una nueva competencia exclusiva de la junta general consistente en la toma de decisiones sobre la adquisición, enajenación o aportación de activos esenciales.

Con formato: Español (España)

En el caso de las sociedades cotizadas será también materia reservada de la junta general la transferencia a entidades dependientes de actividades esenciales desarrolladas hasta ese momento por la propia sociedad, aunque ésta mantenga el pleno dominio de aquéllas ("filialización");

Por otra parte, será competencia del Órgano de Administración: (i) el gobierno; (ii) la gestión; y (iii) la representación de la sociedad (art. 209 LSC). En lo que respecta a la primera de las funciones, cabe destacar que el gobierno de la sociedad conlleva funciones estratégicas y de control de la sociedad, como por ejemplo, la designación y destitución de altos directivos, la aprobación de planes estratégicos y de las operaciones más relevantes de la sociedad, la valoración periódica de la gestión realizada por los directivos, etc. Aunque la función de gobierno no aparece expresamente prevista en el art. 209 LSC, la misma se encuentra implícitamente reconocida en el deber de diligencia del art. 225 LSC.

La función de gestión de la sociedad implica que el Órgano de Administración tiene atribuida la gestión ordinaria de la sociedad, al disponer que el ámbito de representación se extiende a todos los actos comprendidos en el objeto social. Los actos no previstos en el objeto social no podrán ser llevados a cabo por los administradores sin el previo acuerdo de la Junta o una expresa atribución estatutaria. No obstante lo anterior, en las sociedades de responsabilidad limitada, y salvo disposición en contra prevista en los estatutos, la Junta General podrá impartir instrucciones al Órgano de Administración o someter a autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión. Entre las decisiones propias de la gestión de la sociedad cabe destacar las siguientes: la formulación de las cuentas anuales de la sociedad, y la propuesta de distribución del resultado, que posteriormente tendrá que ser aprobado por la Junta General; negociar, formalizar, modificar, y ejecutar toda clase de actos y contratos, compraventa, arrendamiento, etc.; administrar los bienes de la sociedad, constituir, aceptar, subrogar y cancelar hipotecas, prendas, suscribir contratos de seguros, dar y obtener préstamos, etc.; facultades bancarias, tales como abrir, seguir y cancelar cuentas corrientes y de crédito, etc.); cobros y pagos; y facultades de gestión laboral, como la contratación de personal, fijación de sueldos, condiciones de trabajo, horario, etc.

Por último, la función de representación del Órgano de Administración se caracteriza por tener un origen legal (art. 209 y 223 LSC), por lo que no puede ser modificada ni por los estatutos ni por acuerdo de la Junta. Cabe destacar que la Junta no tiene facultades de representación, la función de representación es exclusiva del Órgano de Administración (art. 233 LSC). La atribución del poder de representación se regirá por las siguientes reglas: (i) en el caso de administrador único, el poder de representación corresponderá necesariamente a éste; (ii) en el caso de varios administradores solidarios, el poder de representación corresponde a cada administrador, sin perjuicio de las disposiciones estatutarias o de los acuerdos de la junta sobre distribución de facultades, que tendrán un alcance meramente interno; (iii) en el caso de dos administradores conjuntos o mancomunados, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente en la forma determinada en los estatutos; y (iv) en el caso de Consejo de Administración, el poder de representación corresponde al propio consejo, que actuará colegiadamente. No obstante, los estatutos podrán atribuir el poder de representación a uno o varios miembros del consejo a título individual o conjunto (art. 233.2 LSC), todo ello sin perjuicio de la delegación de facultades del Consejo, a la que nos referiremos más adelante.

Por su parte, entre las competencias de la Junta General se encuentra la toma de decisiones propias del Órgano de Administración en las que la Ley presume que los administradores están afectados por un conflicto de interés que les impiden llevar a cabo decisiones propias del Órgano de Administración

y, por tanto, se exige que sean los accionistas o los socios los que autoricen esas operaciones, entre las que se encuentran, por ejemplo, la adquisición por la sociedad anónima de sus propias acciones y las adquisiciones de bienes que excedan de la décima parte del capital social durante los dos primeros ejercicios de la sociedad.

El conflicto de interés aparece regulado en el art. 229 LSC. En dicho precepto se establece el procedimiento a seguir por los administradores en caso de que se encuentren ante una situación de conflicto de interés. En tal caso, los administradores deberán comunicar al Consejo de Administración y, en su defecto, a los otros administradores o, en caso de administrador único, a la Junta General, cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que pudieran tener con el interés de la sociedad. El administrador afectado se abstendrá de intervenir en los acuerdos o decisiones relativos a la operación a que el conflicto se refiera. Los administradores deberán, asimismo, comunicar la participación directa o indirecta que, tanto ellos como las personas vinculadas a que se refiere el artículo 231 LSC, tuvieran en el capital de una sociedad con el mismo, análogo o complementario género de actividad al que constituya el objeto social, y comunicarán igualmente los cargos o las funciones que en ella ejerzan.

Los conflictos de interés en el caso concreto de las sociedades de responsabilidad limitada aparecen regulados en el art. 190 LSC (que también ha sido modificado por el apartado tres del artículo único de la Ley de reforma de la LSC), el cual dispone que, en este tipo de sociedades, el socio no podrá ejercer el derecho de voto correspondiente a sus participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo que le autorice a transmitir participaciones de las que sea titular, que le excluya de la sociedad, que le libere de una obligación o le conceda un derecho, o por el que la sociedad decida anticiparle fondos, concederle créditos o préstamos, prestar garantías en su favor o facilitarle asistencia financiera, así como cuando, siendo administrador, el acuerdo se refiera a la dispensa de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo previsto en el artículo 230 LSC. Las participaciones sociales del socio que se encuentre en alguna de las situaciones de conflicto de intereses contempladas anteriormente se deducirán del capital social para el cómputo de la mayoría de votos que en cada caso sea necesaria.

Con formato: Español (España)

En las sociedades anónimas, la prohibición de ejercitar el derecho de voto en los supuestos anteriormente referidos, de autorizar a transmitir acciones o participaciones sujetas a una restricción legal o estatutaria o excluirle de la sociedad, solo será de aplicación cuando dicha prohibición esté expresamente prevista en las correspondientes cláusulas estatutarias reguladoras de la restricción a la libre transmisión o la exclusión.

Con formato: Español (España)

2. LA JUNTA GENERAL. TIPOS DE JUNTA

Con formato: Español (España)

Dispone la LSC que los socios, reunidos en Junta General, decidirán por la mayoría legal o estatutariamente establecida, en los asuntos propios de la competencia de la Junta, quedando todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, sometidos a los acuerdos de la Junta General (art. 159 LSC). El art. 163 LSC clasifica las Juntas Generales de las sociedades de capital en ordinarias y extraordinarias.

Junta General ordinaria

La Junta General ordinaria es aquella que debe celebrarse por obligación legal y con carácter periódico. Se trata de una Junta de celebración imperativa una vez al año. El artículo 164 LSC obliga a las sociedades de capital a celebrar los seis primeros meses de cada ejercicio una Junta General

ordinaria, previamente convocada al efecto, para censurar la gestión que han realizado los administradores, es decir, para aprobar la gestión social; y para aprobar las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado. Este tipo de Junta será válida aunque haya sido convocada o se celebre fuera de plazo. El resto de Juntas que no tengan este carácter periódico anual tendrán la consideración de extraordinarias.

Junta General extraordinaria

La Junta General extraordinaria es aquella que puede ser convocada por iniciativa de la sociedad o de los socios. A diferencia de la Junta General ordinaria, ésta podrá ser celebrada en cualquier momento, tanto si es para tratar asuntos de gran importancia para la sociedad como cualquier otro asunto que convenga al interés social.

Se puede celebrar Junta extraordinaria siempre que los administradores lo estimen apropiado. En estos casos, los administradores fijarán el Orden del día y, a través de él, los asuntos sobre los que los socios o accionistas deben decidir.

Tanto las Juntas Generales ordinarias como las extraordinarias pueden decidir sobre cualquier asunto de su competencia. La denominación de Junta General extraordinaria no debe confundirnos, ya que la distinción entre una y otra no afecta a los poderes especiales de la Junta, en el sentido de que en la extraordinaria pueden tratarse asuntos más importantes como emisión de obligaciones, aumento de capital, et. En modo alguno, en ambos tipos de Juntas puede tratarse cualquier asunto, también en la Junta General ordinaria si previamente se hace constar claramente en el Orden del día de la convocatoria los asuntos que ha de tratar la Junta.

Junta General y Especial

Por regla general, todos los accionistas o socios presentes en la Junta General decidirán en la misma por mayoría respecto a aquellos acuerdos contenidos en el Orden del día. Excepto en aquellos supuestos en los que exista una excepción que haga necesaria la constitución de una Junta Especial. Este es, por ejemplo, el caso previsto en el art. 293 LSC que regula la tutela colectiva de los derechos de los titulares de clases de acciones en la sociedad anónima. Otros supuestos que requieren Junta Especial y, por tanto, votación separada, son: el caso de reducción de capital que implique amortización de acciones mediante reembolso a los accionistas en los términos previstos en el art. 329 LSC, y en el caso de fusión de sociedades que determine una modificación estatutaria que lesione directa o indirectamente los derechos de determinados socios o accionistas.

Junta Universal

Otra clasificación importante de los tipos de Junta es la que diferencia la Junta General con convocatoria y la Junta Universal. La Junta Universal se entenderá válidamente constituida sin necesidad de convocatoria previa cuando esté presente o representado todo el capital social, siendo igualmente necesario que los asistentes decidan por unanimidad constituirse en Junta General Universal.

El resto de Juntas que no tengan el carácter de universal deberán ser previamente convocadas. Dispone el art. 178 LSC que la Junta General quedará válidamente constituida para tratar cualquier asunto, sin necesidad de previa convocatoria, siempre que esté presente o representada la totalidad del capital social y los concurrentes acepten por unanimidad la celebración de la reunión. Este tipo de Junta podrá reunirse en cualquier lugar del territorio nacional o del extranjero.

Por tanto, cabe distinguir entre la Junta que ha sido previamente convocada, conforme a las normas que serán analizadas a continuación, y la Junta Universal, respecto a la cual no es necesaria su convocatoria por estar presente o representado todo el capital social, siendo posible, en tal caso, tratar cualquier asunto.

3. CONVOCATORIA, CONSTITUCIÓN Y REPRESENTACIÓN EN JUNTA. DERECHO DE INFORMACIÓN, DELIBERACIÓN Y ADOCIÓN DE ACUERDOS. IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES.

Convocatoria de la Junta

La convocatoria es un requisito indispensable para la constitución de la Junta, excepto en los casos de Junta Universal, tal y como fue analizado anteriormente.

Corresponde al Órgano de Administración la convocatoria de la Junta o, en su caso, al liquidador de la sociedad (art. 166 LSC). Los administradores tienen la obligación de convocar la Junta General siempre que lo consideren necesario o conveniente para los intereses sociales, y en todo caso, en las fechas o periodos que determinen la Ley y los estatutos (art. 167 LSC). En caso contrario, incurrirán en responsabilidad. Además, los administradores deberán convocar la Junta General cuando lo soliciten uno o varios socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social. En este caso, la Junta General deberá ser convocada para su celebración dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que se hubiere requerido notarialmente a los administradores para convocarla, debiendo incluirse necesariamente en el Orden del día los asuntos que hubiesen sido objeto de solicitud. Es posible, como vimos, que los intereses de los socios y los administradores entren en conflicto. Es por ello que se permite que los socios que sean titulares de, al menos, un cinco por ciento del capital social, exijan a los administradores la convocatoria de la Junta. En este caso, la Junta General deberá ser convocada para su celebración dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que se hubiere requerido notarialmente a los administradores para convocarla, debiendo incluirse necesariamente en el Orden del día los asuntos que hubiesen sido objeto de solicitud (art. 168 LSC).

En el supuesto de que los administradores no cumplieran con su obligación de convocar la Junta dentro del plazo legal correspondiente o establecido en los estatutos, o bien no atendieran oportunamente la solicitud de convocatoria de la Junta General efectuada por la minoría, dispone el art. 169 LSC que cualquier socio podrá solicitar la convocatoria judicial de la Junta al Juez de lo Mercantil del domicilio social, previa audiencia de los administradores. Nos encontraremos en este caso ante una *convocatoria judicial*, regulada en el art. 170 LSC.

Los requisitos de la convocatoria de la Junta adquieren una elevada importancia ya que, en caso de que no se cumplan no se entenderá válidamente constituida la Junta y que por lo tanto los acuerdos adoptados no serán válidos. La convocatoria y el Orden del día de la Junta deberán ser aprobados por el Órgano de Administración, que deberá aprobar un acuerdo en este sentido, excepto en los casos de convocatoria judicial previstos en el art. 169 LSC, antes referido.

La convocatoria de la Junta deberá hacerse siguiendo los requisitos formales previstos en la LSC (modificada recientemente por la Ley de reforma de la LSC), regulando la forma de la convocatoria para sociedades no cotizadas en su artículo 173 y para sociedades cotizadas en el art. 516 LSC —respecto a éstas últimas la reforma ha sido especialmente significativa por lo que aconsejamos la lectura de los artículos 516 y siguientes LSC).

Con formato: Español (España)

Con carácter general, con la reforma de la LSC se establece la regla de votación separada por asuntos, se clarifican las mayorías necesarias para la aprobación de los acuerdos, se extiende a la sociedad anónima el deber de abstención del socio por conflicto de interés y se modifican algunos extremos del derecho de información.

Para el caso de las sociedades cotizadas se reduce al 3% el porcentaje del capital social necesario para ejercitar los derechos de minoría en las sociedades cotizadas. Además, se extiende el derecho a obtener e Iberclear los datos de identificación de los accionistas a las asociaciones de accionistas que representen al menos el 1% del capital y a los accionistas con más del 3%. Para las sociedades cotizadas también se refuerza la información previa a la junta, se regulan las limitaciones del derecho de asistencia y el derecho de voto divergente de los intermediarios financieros que posean las acciones por cuenta de distintas personas.

En el caso de sociedades no cotizadas la convocatoria deberá realizarse mediante anuncio publicado en el BORME y en la página web de la sociedad — con carácter voluntario y adicional a esta última o cuando la sociedad no tenga página web, la convocatoria se publicará en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social — con, al menos, un mes de antelación a la fecha fijada para la celebración de la Junta para las sociedades anónimas y quince días para las sociedades de responsabilidad limitada (arts. 173 y 176 LSC).

Con formato: Español (España)

Por tanto, a falta de disposición estatutaria al respecto, en las sociedades no cotizadas se mantiene la convocatoria en el BORME y en página web, más en un diario si no hay página web o voluntariamente se puede publicar con carácter adicional. Si las acciones son nominativas los estatutos pueden prever un procedimiento de comunicación individual que asegure la recepción, como antes se preveía para las sociedades limitadas, si bien será necesario que se modifiquen los estatutos si se quiere seguir este sistema. Por su parte, si las acciones son al portador, la convocatoria deberá realizarse, al menos, mediante publicación en el BORME. El anuncio de la convocatoria de la Junta deberá tener como mínimo el siguiente contenido: nombre de la sociedad, la fecha y hora de la reunión, el orden del día, en el que figurarán los asuntos a tratar, y el cargo de la persona o personas que realicen la convocatoria (art. 174 LSC).

Con formato: Español (España)

La regla general es que la Junta General no puede adoptar acuerdos que no estuvieran incluidos en el Orden del día previamente fijado por los administradores. No obstante, el art. 172 LSC permite a los accionistas que representen, al menos, un cinco por ciento del capital social exigir a los administradores que incluyan un determinado asunto adicional en el Orden del día, en caso de no hacerlo la Junta será nula en su totalidad. Para la adopción de determinados acuerdos relativos normalmente a modificaciones estructurales, y a los que nos referiremos en el capítulo siguiente, la Ley de modificaciones estructurales exige que en el anuncio de la convocatoria de la Junta en la que se vayan a aprobar dichas modificaciones se contengan unas menciones específicas como, por ejemplo, el derecho de los asistentes a la Junta a obtener el texto íntegro del acuerdo y del balance de fusión o escisión, entre otras posibles menciones necesarias que varíaran en función del acuerdo que se vaya a adoptar en la Junta.

Constitución, celebración y composición de la Junta

La Ley pretende evitar que las decisiones de la sociedad sean tomadas por un grupo reducido de accionistas o socios, por lo que exige la asistencia de accionistas o socios que representen determinadas cuotas de capital social para que sea válidamente constituida la Junta. Es por ello que se establece un sistema de doble convocatoria, variando los quórum de asistencia en función de si nos encontramos en primera o en segunda convocatoria; — en función del tipo de asunto que se va a

Con formato: Español (España)

tratar en dicha Junta; y en función del tipo de sociedad de que se trate:

En la sociedad anónima los quórum de constitución son los siguientes: (i) en primera convocatoria se exige el veinticinco por ciento del capital social para los acuerdos ordinarios y el cincuenta por ciento para los acuerdos extraordinarios regulados en el artículo 194 LSC (aumento o la reducción del capital o cualquier otra modificación de los estatutos sociales, emisión de obligaciones, supresión o limitación del derecho de adquisición preferente de nuevas acciones, así como la transformación, fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero); (ii) mientras que en segunda convocatoria no se exige ningún quórum para los acuerdos ordinarios y el veinticinco por ciento del capital social para los acuerdos extraordinarios. Únicamente se entenderá válidamente constituida y, por tanto, podrá celebrarse la Junta General cuando asistan, presentes o representados, estos porcentajes de capital. Además, los estatutos sociales podrán elevar los quórum previstos anteriormente para los acuerdos extraordinarios.

Con formato: Español (España)

Con formato: Español (España)

Con formato: Español (España)

Con formato: Español (España)

En la sociedad limitada el sistema de formación de la voluntad social es parcialmente distinto ya que no se establece ningún quórum de constitución ni existe un sistema de doble convocatoria de la Junta, sino que lo que se establece es un porcentaje mínimo de voto a favor de los acuerdos referido al capital social total. Con este sistema distinto al de las sociedades anónimas lo que se fija indirectamente es un mínimo de concurrencia a la Junta para que puedan adoptarse acuerdos. Efectivamente, únicamente podrá adoptarse un acuerdo cuando asistan a la Junta, al menos, socios que sean titulares de participaciones que atribuyen el número de votos exigidos por la Ley para adoptar el acuerdo de que se trate. En caso contrario, no se entenderá válidamente constituida la Junta para adoptar un determinado acuerdo ya que, en ningún caso, será posible alcanzar las mayorías de votos exigidas para su adopción.

Con formato: Español (España)

Con formato: Español (España)

En lo que respecta al lugar de celebración, la Ley exige que la Junta General se celebre en el término municipal donde se encuentre el domicilio social, a excepción de la Junta Universal que puede celebrarse en un lugar distinto, al igual que sucede en el caso de las sociedades cotizadas.

La Junta General será presidida por la persona que esté prevista en los estatutos sociales, en ausencia de mención expresa, por el Presidente del Consejo de Administración y, a falta de éste, por el socio o accionista elegido por los asistentes. El Presidente de la Junta estará asistido por el Secretario en la mesa de la Junta (art. 191 LSC). Entre las funciones del Presidente de la Junta cabe destacar las siguientes: elaborar la lista de asistentes y determinar la validez de la representación de los socios; declarar la válida constitución de la Junta General; dirigir las reuniones otorgando y retirando la palabra, ordenar la votación y proclamar el resultado; y, por último, tutelar el derecho de información. En lo que respecta a las funciones del Secretario de la Junta podemos destacar la de asistir al Presidente de la Junta y redactar las actas.

Asistencia y representación

Todos los socios y accionistas tienen derecho de asistencia a la Junta. La asistencia por los socios o accionistas a la Junta puede ser física o, si los estatutos lo permiten, telemática, siempre que sea posible garantizar la identidad del socio o accionista. Piénsese en la utilidad de esta posibilidad en las sociedades cotizadas en las que los socios o accionistas pueden ser muy dispares y residir en distintas partes del mundo.

Con formato: Español (España)

Entre las obligaciones de los administradores a las que nos referiremos más adelante, se encuentra la de asistir a las Juntas Generales (arts. 180 LSC), aunque la Junta se entenderá válidamente celebrada en el supuesto de que no acudan a la Junta. Además, los estatutos pueden

Con formato: Español (España)

prever que asistan otras personas a la Junta además de los socios o accionistas en determinados supuestos, lo que requerirá autorización del Presidente, que podrá ser revocada por la Junta (art. 181 LSC).

Con formato: Español (España)

La posibilidad de asistencia telemática a la Junta aparece expresamente prevista y regulada en el art. 182 LSC para sociedades anónimas. Además de las formalidades anteriormente analizadas para la convocatoria de cualquier Junta, en este caso será necesario, a su vez, que en la convocatoria se describirán los plazos, formas y modos de ejercicio de los derechos de los accionistas previstos por los administradores para permitir el ordenado desarrollo de la Junta. En particular, los administradores podrán determinar que las intervenciones y propuestas de acuerdos que tengan intención de formular quienes vayan a asistir por medios telemáticos, se remitan a la sociedad con anterioridad al momento de la constitución de la Junta. Las respuestas a los accionistas que ejerciten su derecho de información durante la Junta se producirán por escrito durante los siete días siguientes a la finalización de la Junta.

Con formato: Español (España)

Con formato: Español (España)

Los quórum de asistencia anteriormente estudiados que la Ley exige para que se entienda válidamente constituida la Junta se refieren exclusivamente a las sociedades anónimas. En las sociedades de responsabilidad limitada, a diferencia de lo que sí está permitido para las sociedades anónimas, no es posible que se exija en los estatutos un número mínimo de participaciones para asistir a la Junta, lo que es congruente con el carácter cerrado de este tipo de sociedades (art. 179.1 LSC).

Con formato: Español (España)

La LSC recoge las especialidades en el ejercicio de los derechos de asistencia y voto en las sociedades anónimas, siendo éstas las siguientes: (i) para el ejercicio del derecho de asistencia a las Juntas y el de voto será lícita la agrupación de acciones; (ii) de conformidad con lo que se disponga en los estatutos, el voto de las propuestas sobre puntos comprendidos en el Orden del día de cualquier clase de Junta General podrá delegarse o ejercitarse por el accionista mediante correspondencia postal, electrónica o cualquier otro medio de comunicación a distancia, siempre que se garantice debidamente la identidad del sujeto que ejerce su derecho de voto; y (iii) los accionistas que emitan sus votos a distancia deberán ser tenidos en cuenta a efectos de constitución de la Junta como presentes (art. 189 LSC).

Con formato: Español (España)

En el caso de sociedades cotizadas, la Ley de reforma de la LSC introduce un nuevo artículo 521 bis a la LSC reduciendo el umbral que los estatutos pueden exigir para asistir a la junta a no más de mil acciones, con el fin de evitar que puedan exigirse porcentajes de capital muy elevados que limiten de forma excesiva dicho derecho. Este umbral contrasta con el del uno por mil del capital social que sigue operando para las sociedades anónimas no cotizadas (art. 179.2 LSC).

Con formato: Español (España)

Además del derecho de asistencia a la Junta, cada socio dispone de derecho de voto. En la sociedad de responsabilidad limitada cada participación social concede a su titular el derecho a emitir un voto, salvo disposición contraria de los estatutos sociales (art. 188.1 LSC). Por el contrario, en la sociedad anónima, la LSC prevé expresamente que no será válida la creación de acciones que de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto. La LEY prevé también que en los estatutos se exija un número mínimo de acciones para poder asistir a la Junta o también que se limite el número de votos que puede emitir un mismo accionista (art. 188.2 y 188.3 LSC).

Con formato: Español (España)

El socio tiene derecho a asistir a la Junta personalmente o por medio de un representante, lo que se conoce como derecho de representación. El representante podrá ser otro socio o accionista o un tercero ajeno a la sociedad, salvo que los estatutos lo prohíban (arts. 183.2 LSC y 184.1 LSC).

pero será necesario que la representación se confiera por escrito o por medios de comunicación a distancia que cumplan con los requisitos establecidos en la Ley para el ejercicio del derecho de voto a distancia y con carácter especial para cada Junta. El derecho de representación voluntaria en la Junta General para las sociedades anónimas aparece regulado en los artículos 184 y siguientes LSC en el que se prevé que todo accionista que tenga derecho de asistencia podrá hacerse representar en la Junta General por medio de otra persona, aunque ésta no sea accionista. En las sociedades anónimas y, muy especialmente en las cotizadas, es frecuente que los propios administradores o las entidades depositarias de acciones (normalmente entidades bancarias) soliciten la representación de las acciones. Para evitar situaciones de abuso o contrarias a la Ley, esta práctica habitual permitida por la Ley está, no obstante, rodeada de determinadas cautelas recogidas en el art. 186 LSC.

Con formato: Español (España)

Con formato: Español (España)

En las sociedades anónimas en el caso de que los propios administradores, las entidades depositarias de los títulos o las encargadas del registro de anotaciones en cuenta soliciten la representación para sí o para otro y, en general, siempre que la solicitud se formule de forma pública, el documento en que conste el poder deberá contener o llevar anejo el Orden del día, así como la solicitud de instrucciones para el ejercicio del derecho de voto y la indicación del sentido en que votará el representante en caso que no se impartan instrucciones precisas. Por excepción a lo anterior, el representante podrá votar en sentido distinto cuando se presenten circunstancias ignoradas en el momento del envío de las instrucciones y se corra el riesgo de perjudicar los intereses del representado. En caso de voto emitido en sentido distinto a las instrucciones, el representante deberá informar inmediatamente al representado, por medio de escrito en que explique las razones del voto. Se entenderá que ha habido solicitud pública de representación cuando una misma persona ostente la representación de más de tres accionistas.

Con formato: Español (España)

Por su parte, el art. 183 LSC regula el derecho de representación para las sociedades de responsabilidad limitada, según el cual el socio sólo podrá hacerse representar en la Junta General por su cónyuge, ascendiente o descendiente, por otro socio o por persona que ostente poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tuviere en territorio nacional. La representación comprenderá la totalidad de las participaciones de que sea titular el socio representado. La representación es siempre revocable, teniendo valor de revocación la asistencia personal a la Junta del representado (art. 185 LSC).

Con formato: Español (España)

Con formato: Español (España)

El derecho de información

En las sociedades anónimas los accionistas podrán solicitar de los administradores toda la información o aclaraciones que estimen precisas sobre los asuntos comprendidos en el Orden del día e incluso podrán formular por escrito las preguntas que estimen pertinentes hasta el séptimo día anterior al previsto para la celebración de la Junta. Los administradores estarán obligados a facilitar la información. En las sociedades cotizadas el derecho de información de los accionistas es más amplio, pues incluye no sólo la información relativa a los asuntos comprendidos en el Orden del día, sino también toda aquella información pública de la sociedad (ver a modo de ejemplo art. 518 LSC y las especialidades que para los accionistas de sociedades cotizadas recoge el art. 520 LSC).

Con formato: Español (España)

Durante la celebración de la Junta General, los accionistas de la sociedad podrán solicitar verbalmente las informaciones o aclaraciones que consideren convenientes acerca de los asuntos comprendidos en el Orden del día y, en caso de no ser posible satisfacer el derecho del accionista en ese momento, los administradores estarán obligados a facilitar esa información por escrito dentro de los siete días siguientes al de la terminación de la Junta. Los administradores estarán obligados a facilitar la información por escrito hasta el día de la celebración de la junta general. Durante la

Con formato: Español (España)

celebración de la junta general, los accionistas de la sociedad podrán solicitar verbalmente las informaciones o aclaraciones que consideren convenientes acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día. Si el derecho del accionista no se pudiera satisfacer en ese momento, los administradores estarán obligados a facilitar la información solicitada por escrito, dentro de los siete días siguientes al de la terminación de la junta.

Los administradores estarán obligados a proporcionar la información solicitada al amparo de los dos apartados anteriores, salvo que esa información sea innecesaria para la tutela de los derechos del socio, o existan razones objetivas para considerar que podría utilizarse para fines extrasociales o su publicidad perjudique a la sociedad o a las sociedades vinculadas. La información solicitada no podrá denegarse cuando la solicitud esté apoyada por accionistas que representen, al menos, el veinticinco por ciento del capital social. Los estatutos podrán fijar un porcentaje menor, siempre que sea superior al cinco por ciento del capital social. La vulneración del derecho de información previsto en el art. 197.2 LSC solo facultará al accionista para exigir el cumplimiento de la obligación de información y los daños y perjuicios que se le hayan podido causar, pero no será causa de impugnación de la junta general. En el supuesto de utilización abusiva o perjudicial de la información solicitada, el socio será responsable de los daños y perjuicios causados.

En lo que respecta al derecho de información de los accionistas la Ley de Reforma de la LSC ha introducido algunas modificaciones en el régimen general de este derecho recogido en el art. 197 LSC antes referido y en el específico de las sociedades cotizadas previsto en el art. 520 LSC, y ello con el fin de evitar la utilización abusiva del derecho de información y de acuerdo con el propósito que ha animado a la reforma que se analiza en el apartado correspondiente a la impugnación de acuerdos, de evitar las impugnaciones estratégicas e instrumentales de los acuerdos sociales sobre la base de infracciones formales irrelevantes.

Con formato: Español (España)

Con formato: Español (España)

Con formato: Español (España)

El derecho de información en la sociedad de responsabilidad limitada aparece regulado en similares términos en el art. 196 LSC, si bien desaparece la posibilidad de fijar en los estatutos un porcentaje menor al veinticinco por ciento para formular la solicitud de información por los socios si ésta es perjudicial para el interés social.

Con formato: Español (España)

Deliberación y adopción de acuerdos

La deliberación de los puntos del Orden del día es dirigida y moderada por el Presidente de la Junta. Para cada punto del Orden del día se propone un acuerdo que es sometido a discusión y posterior votación. Los accionistas pueden solicitar que sus intervenciones o su oposición al acuerdo adoptado sean expresamente reflejadas en el acta de la Junta, tal y como permite el art. 97.1.5ª RRM. Las facultades de la Junta son esencialmente decisorias.

Con formato: Español (España)

La Ley de reforma de la LSC ha introducido un nuevo artículo 197 bis en la LSC, aplicable tanto a las sociedades cotizadas como a las no cotizadas, que viene a incorporar como obligación legal lo que hasta ahora proponía la recomendación 5ª del Código Unificado (recomendación que declaraban cumplir todas las sociedades del Ibex 35). Esto es, se reconoce expresamente la necesidad de votar separadamente en junta general aquellos asuntos que sean sustancialmente independientes y se especifica que, en todo caso, deberán votarse de forma separada (i) el nombramiento, la ratificación, la reelección o la separación de cada administrador; y (ii) las modificaciones estatutarias de cada artículo o grupo de artículos que tengan autonomía propia.

Con formato: Español (España)

La adopción de acuerdos se realizará conforme a principios mayoritarios, en el sentido de participación en el capital. A cada acción o participación social le corresponde un voto, salvo

disposición contraria en los estatutos. Con carácter general, salvo las excepciones indicadas, podrá reforzarse las mayorías necesarias para adoptar acuerdos, sin que pueda exigirse la unanimidad. La Junta adopta acuerdos por mayoría de votos y sus decisiones reflejan la voluntad social, por tanto, podemos entender que los votos son declaraciones unilaterales de voluntad de cada uno de los accionistas o socios de la sociedad y, como tales, tienen que ser emitidos libremente y dicha voluntad no puede estar viciada (por dolo, error, violencia, intimidación, etc.).

Con formato: Español (España)

En la sociedad anónima, una vez constituida la Junta, los acuerdos se adoptarán por mayoría ordinaria de votos que concurren con independencia de la participación accionarial que representen. Para la adopción de los acuerdos extraordinarios a los se refiere el artículo 194 LSC, a los que nos hemos referido anteriormente, se exige un régimen reforzado, esto es, el voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado en la Junta cuando en segunda convocatoria concurren accionistas que representen el veinticinco por ciento o más del capital suscrito con derecho de voto sin alcanzar el cincuenta por ciento. Los estatutos podrán elevar las mayorías previstas en la LEY (art. 201 LSC).

Con formato: Español (España)

Por otro lado, en la sociedad limitada, la Ley exige para la adopción de acuerdos el voto favorable correspondiente a las participaciones sociales en que se divida el capital social (cada participación un voto), variando las mayorías exigidas por la Ley en función del tipo de acuerdo que se pretende adoptar. El artículo 198 LSC prevé una mayoría ordinaria de votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social, teniendo en cuenta que no se computarán los votos en blanco. En concreto, se exigirá la mayoría legal mínima de un tercio para la aprobación de los siguientes acuerdos: (i) la aprobación de las cuentas anuales de la sociedad y el reparto del dividendo, en su caso; (ii) la censura de la gestión del Órgano de Administración; (iii) el nombramiento y cese de los miembros del Órgano de Administración, la Junta General podrá cesar a los administradores aun cuando la separación no conste en el Orden del día, si bien en este último caso, no se puede exigir una mayoría superior a los dos tercios para adoptar el acuerdo.

Con formato: Español (España)

El artículo 199 LSC exige una mayoría legal reforzada (la mitad más uno de los votos) para la adopción de los acuerdos relativos al aumento o la reducción del capital y cualquier otra modificación de los estatutos sociales. Por su parte, se exigirá una mayoría de dos tercios para adoptar acuerdos relativos a: fusión, escisión y transformación de la sociedad, exclusión de socios y la autorización a los administradores para el ejercicio, por cuenta propia o ajena, del mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social. También se prevé la posibilidad de romper estatutariamente la proporcionalidad entre capital y derecho de voto, de modo que cabe crear participaciones de "voto múltiple". Cabe igualmente reseñar la posibilidad prevista en el art. 200 LSC de exigir una mayoría estatutaria reforzada para todos o algunos asuntos determinados, los estatutos podrán exigir un porcentaje de votos favorables superior al establecido por la Ley, sin llegar a la unanimidad.

Con formato: Español (España)

Con formato: Español (España)

No obstante lo anterior, es importante señalar que hasta la entrada en vigor de la reforma de LSC de diciembre de 2014, el artículo 201 LSC recogía el principio general de la adopción de acuerdos de la junta general de las sociedades anónimas por mayoría de los votos de los accionistas presentes o representados. Pero al referirse a la "mayoría ordinaria", planteaba la duda de si se exigía una mayoría relativa/simple o una mayoría absoluta y, por lo tanto, cómo habían de tratarse los votos nulos, en blanco y las abstenciones. La Ley de Reforma de la LSC ha venido a aclarar que con carácter general la mayoría debe ser simple o relativa. Esto es, se entiende que el cómputo de la mayoría debe efectuarse teniendo en cuenta únicamente los votos a favor frente a los adversos. Por lo tanto,

Con formato: Español (España)

los votos en blanco, las abstenciones y los votos nulos no se tienen en cuenta, lo que facilita la formación de mayorías y por tanto la adopción de acuerdos por la junta general. Si bien esta regla general presenta varias excepciones importantes. De un lado, la reforma ha venido a precisar que los acuerdos de modificación de estatutos y asimilados (art. 194 LSC) requieren para su aprobación mayoría absoluta, lo que supone una novedad, y, cuando la junta se haya constituido en segunda convocatoria con un quórum inferior al 50% del capital, el voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado (art.201.2 LSC). Y de otro lado, se sigue manteniendo la posibilidad de que los estatutos sociales eleven las mayorías legales, mayorías que pueden ir referidas tanto al capital que participe en la junta como al total del capital social.

Cabe destacar de las sociedades de responsabilidad limitada, que sus socios tienen un deber de abstención en los supuestos en que exista un conflicto de interés en relación con la decisión a adoptar. El deber de abstención de los socios no es un deber general que exija la abstención ante cualquier situación en la que hipotéticamente podrá derivarse un conflicto de interés (*numerus apertus*) sino que la LSC ha optado por enumerar en su artículo 190 aquellos casos en los que exactamente debe el socio de una sociedad limitada abstenerse de votar (*numerus clausus*) siendo estos supuestos los siguientes: en las sociedades de responsabilidad limitada el socio no podrá ejercer el derecho de voto correspondiente a sus participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo que le autorice a transmitir participaciones de las que sea titular, que le excluya de la sociedad, que le libere de una obligación o le conceda un derecho, o por el que la sociedad decida anticiparle fondos, concederle créditos o préstamos, prestar garantías en su favor o facilitarle asistencia financiera, así como cuando, siendo administrador, el acuerdo se refiera a la dispensa de la prohibición de competencia o al establecimiento con la sociedad de una relación de prestación de cualquier tipo de obras o servicios. Las participaciones sociales del socio que se encuentre en alguna de las situaciones de conflicto de intereses contempladas anteriormente se deducirán del capital social para el cómputo de la mayoría de votos que en cada caso sea necesaria.

Con formato: Español (España)

Tras la citada reforma de la LSC, el artículo 190 LSC extiende a las sociedades anónimas el deber de abstención de los socios en determinados supuestos de conflicto de interés que hasta ahora se ceñían a las sociedades limitadas, conforme a lo previsto en el nuevo artículo 230 LSC.

Con formato: Español (España)

Los acuerdos de la Junta deberán constar documentados en el Acta de la Junta, que es redactada por el Secretario de la Junta con el visto bueno del Presidente. El Acta de la Junta es un documento de singular importancia para la prueba de los hechos que han ocurrido en ella. El Acta deber ser aprobada por la propia Junta a continuación de la reunión o en el plazo de 15 días por el Presidente y dos interventores, uno de los cuales representará a la mayoría y el otro a la minoría. La falta de aprobación del Acta no significa que los acuerdos de la Junta no sean válidos, sino que dificulta su prueba y la eficacia de los mismos, existiendo una inseguridad respecto a su contenido. Todo ello con independencia de que si se trata de acuerdos inscribibles, no podrán tener acceso al Registro Mercantil ni se podrán expedir certificados de los acuerdos que no consten en actas aprobadas y firmadas o en el acta notarial (art. 109.3 RRM) — El contenido del Acta aparece regulado en los artículos 97 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil (RRM) y éstas deberán, a su vez, ser transcritas al Libro de actas (arts. 26 C. Com. y 116 RRM).

Con formato: Español (España)

Los administradores estarán obligados a convocar a un Notario siempre que, con cinco días de antelación al previsto para la celebración de la junta, lo soliciten socios que representen, al menos, el uno por ciento del capital social en la sociedad anónima o el cinco por ciento en la sociedad de responsabilidad limitada. En este caso, los acuerdos sólo serán eficaces si constan en Acta notarial. El Acta notarial no se someterá a trámite de aprobación, tendrá la consideración de Acta de la junta y

los acuerdos que consten en ella podrán ejecutarse a partir de la fecha de su cierre. Los honorarios notariales serán de cargo de la sociedad (arts. 203 LSC y 101 RRM).

Para acreditar la existencia de un acuerdo de la Junta es necesario que se expida una *Certificación del acta* por el Secretario del Consejo de Administración con el visto bueno del Presidente, en su defecto, por los administradores de la sociedad (art. 109 RRM), o bien por un Notario convocado al efecto para que levante acta de la Junta General. Cualquier socio, así como las personas que, en su caso, hubiesen asistido a la Junta en representación de los socios no asistentes podrán obtener en cualquier momento certificación de los acuerdos y de las actas — de las Juntas Generales. La facultad de certificar los acuerdos de la Junta corresponderá a los administradores, sobre los que pesa el deber de llevar el Libro de actas y, en general, de cuidar la documentación de la sociedad.

Los acuerdos sociales que lo requieran deberán ser inscritos en el Registro Mercantil — bien para su plena eficacia o bien para su oponibilidad frente a terceros — en los siguientes plazos: (i) el plazo general de 8 días naturales siguientes a la aprobación del acta, mediante testimonio notarial, bajo responsabilidad de los administradores — (art. 26 C. Com.); y (ii) en relación con el acta en el que se acuerda el nombramiento de los administradores, se establece un plazo de 10 días naturales siguientes a la fecha de su aceptación (215 LSC). El incumplimiento de estos plazos no impide la inscripción, sino que sólo originará responsabilidad si el culpable del retraso ha causado daños y perjuicios.

Impugnación de acuerdos

La eficacia del acuerdo de la Junta tiene como presupuesto que la voluntad social se haya formado dentro de los cauces de la legalidad. El sometimiento de todos los socios a la voluntad de mayoría decae cuando se produce una declaración judicial que invalida el acuerdo.

La Ley de reforma de la LSC ha modificado sustancialmente el régimen legal de impugnación de acuerdos sociales previsto en la anterior redacción de la Ley. Dicha reforma busca obtener un equilibrio entre la protección de los socios minoritarios y evitar abusos en las impugnaciones de acuerdos. Además unifica y sistematiza el régimen actual de impugnación para facilitar la identificación de los acuerdos impugnables, los motivos de impugnación, la legitimación para impugnar y el plazo de ejercicio de la acción, desapareciendo la tradicional distinción entre acuerdos nulos y anulables. Además con la reforma se exige a los socios porcentajes mínimos de legitimación para impugnar acuerdos, salvo los contrarios al orden público. Por último resaltar la inclusión de algunas especialidades para la impugnación de acuerdos en los casos de sociedades cotizadas.

La LSC regula que acuerdos son *impugnables* en su artículo 204.1, siendo éstos los siguientes: (i) los acuerdos de la Junta que sean contrarios a la Ley; (ii) los acuerdos de la Junta que se opongan a los estatutos; (iii) y los que lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros, haciéndose una interpretación extensiva de dicho concepto ya que no es absolutamente necesario el daño al patrimonio social sino que es suficiente con la existencia de un abuso injustificado de la mayoría.

Hasta la Ley de reforma de la LSC, se distinguía entre acuerdos nulos y anulables, entendiéndose por nulos aquellos acuerdo contrarios a la Ley (antiguo art. 204 LSC), siendo los demás acuerdos a que se refería el anterior apartado primero del art. 204 acuerdos anulables, es decir, los acuerdos de la Junta que eran contrarios a los estatutos o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.

Actualmente la LSC no diferencia entre acuerdos nulos y anulables sino que son todos impugnables.

El objeto de dicha reforma es, por un lado, maximizar la protección del interés social y de los accionistas minoritarios y, por otro, minimizar el uso oportunista de la impugnación de los acuerdos sociales que en ocasiones se venía haciendo con la anterior redacción de la LSC.

Conforme disponen los apartados 2 y 3 del art. 204 LSC: "no será procedente la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro adoptado antes de que se hubiera interpuesto la demanda de impugnación. Si la revocación o sustitución hubiera tenido lugar después de la interposición, el juez dictará auto de terminación del procedimiento por desaparición sobrevinida del objeto. Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio del derecho del que impugne a instar la eliminación de los efectos o la reparación de los daños que el acuerdo le hubiera ocasionado mientras estuvo en vigor" (art. 204.2 LSC).

Tampoco procederá la impugnación de acuerdos basada en los siguientes motivos previstos en el apartado 3 del art. 204 LSC:

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

De este modo lo que se pretende es ponderar las exigencias derivadas de la eficiencia empresarial con las derivadas de la protección de las minorías y la seguridad del tráfico jurídico.

El plazo de caducidad de la acción de impugnación de un acuerdo también ha sido modificado por la Ley de reforma de la LSC. Antes el plazo para la impugnación de un acuerdo nulo era de un año, excepto aquellos acuerdos que por su causa o contenido resultaren contrarios al orden público, mientras que el plazo de la acción de impugnación de un acuerdo anulable caducaba a los cuarenta días.

Actualmente el plazo de caducidad de la acción de impugnación es de un año, para sociedades no cotizadas y de tres meses para sociedades cotizadas, excepto en los casos de acuerdos contrarios al orden público.

Estos plazos se computarán desde la fecha de adopción del acuerdo y, si se tratase de un acuerdo inscribible, desde la fecha de oponibilidad de su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (art. 205 LSC). La caducidad de la acción de impugnación tiene el efecto extraordinario de convalidar los acuerdos impugnables, salvo aquellos que sean contrarios al orden público.

Dispone el art. 206 LSC que para la impugnación de los acuerdos nulos están legitimados cualquiera

de los administradores, los terceros que acrediten un interés legítimo y los socios que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo, siempre que representen, individual o conjuntamente, al menos el uno por ciento del capital, si bien los estatutos podrán reducir los porcentajes de capital indicados y, en todo caso, los socios que no los alcancen tendrán derecho al resarcimiento del daño que les haya ocasionado el acuerdo impugnado. Para la impugnación de los acuerdos que sean contrarios al orden público estará legitimado cualquier socio, aunque hubieran adquirido esa condición después del acuerdo, administrador o tercero (*legitimación activa*).

No podrá alegar defectos de forma en el proceso de adopción del acuerdo quien habiendo tenido ocasión de denunciarlos en el momento oportuno, no lo hubiera hecho. La reforma de la LSC ha recogido por primera vez la exigencia de un porcentaje del capital para impugnar los acuerdos, para evitar los abusos de la minoría a los que se hacía referencia anteriormente

Las acciones de impugnación deberán dirigirse contra la sociedad. Cuando el actor tuviese la representación exclusiva de la sociedad y la junta no tuviese designado a nadie a tal efecto, el juez que conozca de la impugnación nombrará a la persona que ha de representarla en el proceso, entre los socios que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado. Los socios que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado podrán intervenir a su costa en el proceso para mantener su validez (*legitimación pasiva*).

Para la impugnación de los acuerdos sociales, se seguirán los trámites del juicio ordinario y las disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 207 LSC y 249.1.3º LEC), siendo competentes los Juzgados de lo Mercantil para conocer de la acción de impugnación de acuerdos, de conformidad con lo previsto en el art. 86 ter 2 LOPJ. En el caso de que fuera posible eliminar la causa de impugnación, el Juez de lo Mercantil que conozca de la acción de impugnación, a solicitud de la sociedad demandada, otorgará un plazo razonable para que aquella pueda ser subsanada.

La sentencia firme que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil (art. 208 LSC). A su vez, el Boletín Oficial del Registro Mercantil publicará un extracto de dicha sentencia. En el caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, la sentencia determinará además la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella.

4 EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN. SISTEMAS DE GOBIERNO CORPORATIVO: MONISTA Y DUALISTA

Existen dos sistemas de gobierno corporativo: monista y dualista. Con arreglo al sistema dualista, el órgano de dirección asumirá la gestión de la sociedad. El miembro o miembros del órgano de dirección tendrán poder para obligar a la sociedad — ante terceros y para representarla ante los tribunales. Sin embargo, con arreglo al sistema monista, será un órgano distinto al de dirección, el Órgano de Administración, el que asumirá la gestión y representación de la sociedad. La Ley de Sociedades de Capital ha optado por un sistema de gobierno monista para la estructura del Órgano de Administración de la sociedad, no siendo posible en derecho español una estructura del Órgano de Administración dualista de tipo germánico, ni siquiera por la vía estatutaria, excepto para el caso de la sociedad anónima europea que se domicilie en España que según nuestra Ley de Sociedades de Capital podrá optar por un sistema de administración monista o dual, y lo hará constar en sus estatutos (art. 476 a 491 LSC). Por tanto, la estructura corporativa de las sociedades de capital se complementa con el Órgano de Administración que gobierna la sociedad, lleva a cabo su gestión ordinaria y la representa en sus relaciones jurídicas con terceros.

Código de campo cambiado

Con formato: Español (España)

La Ley de Sociedades de Capital no somete al Órgano de Administración a una estructura rígida y predeterminada, sino que permite que no exista Consejo de Administración y que la administración de la sociedad se encomiende a uno o varios administradores. Así lo prevé el art. 210 al regular los diferentes modos posibles de organizar la administración de la sociedad:

un administrador único: en este caso sus decisiones vincularán a la sociedad, siendo suficiente con su firma para ello;

administradores solidarios: varios administradores que actúen de forma solidaria, es decir, que tienen facultades individuales para ejercitar cada uno por sí sólo las competencias propias del Órgano de Administración que funcionarían como varios administradores únicos, de modo que las decisiones de cada uno de ellos por separado vinculará a la sociedad, siendo suficiente con la firma de uno solo de ellos;

administradores mancomunados: dos administradores que actúen de forma conjunta, lo que implica que cualquier acto requiere el concurso y acuerdo de todos ellos, en la forma que se prevea en los estatutos;

Consejo de Administración (integrado por un mínimo de tres miembros): que actúa de forma colegiada y se caracteriza por adoptar sus decisiones por mayoría. En el caso de la sociedad nueva empresa no es posible constituir un Consejo de Administración (art. 447.1 LSC). Por su parte, en las sociedades anónimas es obligatoria constituir un Consejo de Administración cuando la administración se confíe de forma mancomunada a más de dos personas (art. 210.2 LSC), pero no es necesario en el caso de las sociedades limitadas, que podrán tener un número ilimitado de administradores mancomunados.

Todo acuerdo que altere el modo de organizar la administración de la sociedad, constituya o no modificación de los estatutos sociales, se consignará en escritura pública y se inscribirá en el Registro Mercantil (art. 210.4 LSC). Cuando los estatutos establezcan solamente el número mínimo y el máximo de administradores, corresponderá a la Junta General la determinación del número de administradores, sin más límites que los establecidos por la Ley (art. 211 LSC). Tanto en las sociedades anónimas como en las sociedades de responsabilidad limitada, los estatutos sociales podrán establecer distintos modos de organizar la administración atribuyendo a la Junta la facultad de optar alternativamente por cualquiera de ellos sin necesidad de modificación estatutaria. La Ley 25/2011 ha posibilitado que los estatutos de las sociedades anónimas prevean varios órganos alternativos de administración de forma que pasar de uno a otro no exija modificación de estatutos, homogeneizando el régimen con la sociedad limitada. Esta nueva alternativa exigirá una modificación previa de los estatutos ya existentes.

5 NOMBRAMIENTO, CAPACIDAD Y PROHIBICIONES, DURACIÓN, RETRIBUCIÓN, DEBERES, RESPONSABILIDAD

Con formato: Español (España)

Nombramiento

Los administradores pueden clasificarse en administradores fundacionales y posteriores en función del momento en el que son nombrados. En el caso de los administradores fundacionales éstos son elegidos por los socios fundadores en el acto constitutivo o por la Junta constituyente en caso de fundación sucesiva y figurar en la escritura fundacional (art. 22.1.e LSC). En el resto de casos, nos encontramos ante administradores posteriores, correspondiendo la competencia para su nombramiento a la Junta sin más excepciones que las establecidas en la Ley. En defecto de

disposición estatutaria, la Junta General podrá fijar las garantías que los administradores deberán prestar o relevarlos de esta prestación (art. 214 LSC). En esta facultad de nombramiento y, como veremos, de destitución de los administradores radica uno de los presupuestos esenciales del carácter soberano de la Junta General dentro de la sociedad.

El nombramiento de los administradores únicamente surtirá efecto desde el momento de su aceptación, si bien una vez aceptado deberá ser inscrito en el Registro Mercantil haciendo constar la identidad de los nombrados y, en relación a los administradores que tengan atribuida la representación de la sociedad, si pueden actuar por sí solos o necesitan hacerlo conjuntamente. La inscripción deberá realizarse dentro de los diez días siguientes a la fecha de la aceptación (arts. 214.2 y 215 LSC). La inscripción no tiene carácter constitutivo, por lo que el nombramiento surtirá plenos efectos frente a la sociedad desde su aceptación. No obstante, frente a terceros los efectos del nombramiento del administrador quedan supeditados a su inscripción en el Registro Mercantil, en virtud del principio de publicidad material registral.

La Ley de Sociedades de Capital también prevé la figura de los *administradores suplentes*, para el caso de que cese por cualquier causa uno o varios de ellos, salvo disposición contraria de los estatutos sociales. El nombramiento y aceptación de los suplentes como administradores se inscribirán en el Registro Mercantil una vez producido el cese del anterior titular. Si los estatutos sociales establecieran un plazo determinado de duración del cargo de administrador, el nombramiento del suplente se entenderá efectuado por el período pendiente de cumplir por la persona cuya vacante se cubra (art. 216 LSC).

Capacidad y prohibiciones

Para ser nombrado administrador no se exige ninguna condición especial. En principio, podrá ser nombrado administrador de una sociedad de capital cualquier *persona física o jurídica*, no requiriéndose la condición de socio para ello, salvo disposición contraria de los estatutos (art. 212 LSC). En el caso de que sea administrador una persona jurídica será necesario que ésta designe a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo. La revocación de su representante por la persona jurídica administradora no producirá efecto en tanto no designe a la persona que le sustituya. Esta designación se inscribirá en el Registro Mercantil en los términos previstos en el artículo 215 LSC (art. 212 bis LSC introducido por la Ley 25/2011, de 1 de agosto).

Pero la regla general anteriormente referida conoce algunas limitaciones para poder ser administrador, que son las *prohibiciones* previstas en el art. 213 LSC, el cual dispone que: (i) no podrán ser administradores los menores de edad no emancipados, los judicialmente incapacitados, las personas inhabilitadas conforme a la Ley mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso y los condenados por delitos contra la libertad, contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico, contra la seguridad colectiva, contra la Administración de Justicia o por cualquier clase de falsedad, así como aquéllos que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio; y (ii) tampoco podrán ser administradores los funcionarios al servicio de la Administración pública con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de las sociedades de que se trate, los jueces o magistrados y las demás personas afectadas por una incompatibilidad legal.

Duración

El cargo de administrador es esencialmente temporal (principio de temporalidad). En las sociedades anónimas se prevé que los administradores ejercerán el cargo durante el plazo que señalen los

estatutos sociales, que no podrá exceder de seis años y deberá ser igual para todos ellos, si bien podrán ser reelegidos para el cargo, una o varias veces, por períodos de igual duración máxima (art. 221.2 LSC). De este modo se garantiza que la Junta renovará periódicamente su confianza en quienes ostentan el cargo de administradores de la sociedad. Por el contrario, en las sociedades de responsabilidad limitada prima la estabilidad y permanencia en el cargo, por lo que la regla general es que los administradores ejercerán su cargo por tiempo indefinido, salvo que los estatutos establezcan un plazo determinado, en cuyo caso podrán ser reelegidos una o más veces por períodos de igual duración (art. 221.1 LSC). La Ley de Sociedades de Capital prevé la posibilidad de que la Junta nombre administradores suplentes, para cubrir las vacantes que pueda sufrir el Órgano de Administración sin necesidad de proceder a un nuevo nombramiento (art. 216 LSC).

Con independencia del tiempo por el que hayan sido nombrados los administradores, éstos podrán ser cesados en cualquier momento por la Junta General, incluso cuando la separación no conste en el Orden del día, en virtud del principio de libre revocabilidad del cargo y del art. 223.1 LSC. En el caso de la sociedad limitada los estatutos podrán exigir para el acuerdo de separación una mayoría reforzada que no podrá ser superior a los dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social. El cese del administrador no tiene por qué estar motivado ni obedecer a una justa causa, nos encontramos, por tanto, ante una revocación “ad nutum” del cargo. Este principio de libre revocabilidad o destitución del cargo radica en la relación de confianza que subyace al nombrar al administrador de una sociedad y que puede verse quebrada en cualquier momento. La separación del cargo tampoco tiene por qué devengar un derecho de indemnización alguna a favor del administrador cesado. Los estatutos no pueden limitar el cese de los administradores condicionando los supuestos en los que cabe dicho cese ni tampoco pueden exigir un quórum de asistencia o mayoría reforzadas a la Junta para que pueda válidamente acordar el cese de los administradores. La revocación por la Junta del cargo de administrador es válida desde que adopta el correspondiente acuerdo, si bien únicamente surtirá efectos frente a terceros desde su inscripción en el Registro Mercantil. Al margen del principio de libre revocabilidad antes citado, la Ley determina también la remoción forzosa de los administradores que realicen cualquier actividad en competencia con la sociedad o que se encuentren en una situación de conflicto de interés, salvo cuando sean expresamente autorizados por la Junta General (art. 230.1 LSC). En las sociedades anónimas la Junta General está obligada, a petición de cualquier socio, a pronunciarse sobre la remoción del administrador que se encuentre en una de estas situaciones (arts. 224.2 y 230.3 LSC), mientras que en las sociedades de responsabilidad limitada, la LEY va más allá, reconociendo el derecho de cualquier socio a instar la destitución judicial del administrador que realice esas actividades competitivas sin la autorización necesaria (art. 230.2 LSC). Si no se produce antes su revocación, el nombramiento del administrador caducará cuando, vencido el plazo, se haya celebrado Junta General o haya transcurrido el plazo para la celebración de la Junta que ha de resolver sobre la aprobación de las cuentas del ejercicio anterior (art. 222 LSC).

Retribución

Con anterioridad a la Ley de reforma de la LSC, la regulación de la remuneración de los administradores era parcial y limitada, consistiendo en un régimen general que aplicaba por igual a todas las sociedades de capital –cotizadas o no– y que no abordaba la distinta naturaleza de las partidas retributivas que suelen atribuirse a los consejeros ejecutivos.

Con la redacción actual se pretende obtener una mayor transparencia y control de la remuneración de los administradores reforzando el papel de la Junta general. En concreto, la Junta general deberá aprobar el importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores por su

condición de tal:

Los consejeros que realicen funciones ejecutivas deben celebrar un contrato con la sociedad que recoja de forma exhaustiva el sistema de remuneración por tales funciones, que deberá aprobarse por mayoría reforzada del consejo sin la intervención del consejero afectado.

En el caso de las sociedades cotizadas las exigencias que prevé la Ley son mayores, debiendo aprobar una política de remuneraciones de los consejeros, que debe comprender la remuneración de los consejeros por su condición de tal y por el desempeño de funciones ejecutivas, que debe ser necesariamente aprobada por la Junta general de accionistas por un plazo de tres años.

El cargo de administrador es, en principio, gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan que el cargo sea retribuido y en ellos se determine el sistema de retribución y, en su caso, el procedimiento y las reglas que deban seguirse para su fijación exacta (art. 217 LSC).

La actual redacción de la ley exige que el sistema de remuneración establecido determine el concepto o conceptos retributivos a percibir por los administradores en su condición de tales y que podrán consistir, entre otros, en uno o varios de los siguientes:

a) una asignación fija;

b) dietas de asistencia;

c) participación en beneficios;

d) retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia;

e) remuneración en acciones o vinculada a su evolución;

f) indemnizaciones por cese, siempre y cuando el cese no estuviese motivado por el incumplimiento de las funciones de administrador;

g) los sistemas de ahorro o previsión que se consideren oportunos.

El importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores en su condición de tales deberá ser aprobado por la junta general y permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación. Salvo que la junta general determine otra cosa, la distribución de la retribución entre los distintos administradores se establecerá por acuerdo de éstos y, en el caso del consejo de administración, por decisión del mismo, que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero.

La remuneración de los administradores deberá en todo caso guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables. El sistema de remuneración establecido deberá estar orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad e incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables.

La reforma de la LSC también ha modificado los arts. 218 y 219 LSC relativos a la remuneración mediante participación en beneficios y a la remuneración vinculada a las acciones de la sociedad, respectivamente.

En las sociedades anónimas cuando la retribución consista en una participación en las ganancias, la participación solo podrá ser detrída de los beneficios líquidos y después de estar cubiertas las atenciones de la reserva legal y de la estatutaria y de haberse reconocido a los accionistas un dividendo del cuatro por ciento del valor nominal de las acciones o el tipo más alto que los estatutos hayan establecido. Mientras que en la sociedad de responsabilidad limitada, el porcentaje máximo de participación en ningún caso podrá ser superior al diez por ciento de los beneficios repartibles entre los socios.

Cuando el sistema de retribución incluya una participación en los beneficios, los estatutos sociales determinarán concretamente la participación o el porcentaje máximo de la misma. En este último caso, la junta general determinará el porcentaje aplicable dentro del máximo establecido en los estatutos sociales.

Por otra parte, cuando en las sociedades anónimas se establezca una remuneración vinculada a las acciones de la sociedad, es decir, cuando el sistema de remuneración de los administradores incluya la entrega de acciones o de opciones sobre acciones, o retribuciones referenciadas al valor de las acciones, ello deberá preverse expresamente en los estatutos sociales y su aplicación requerirá un acuerdo de la junta general de accionistas. El acuerdo de la junta general de accionistas que así lo determine deberá incluir el número máximo de acciones que se podrán asignar en cada ejercicio a este sistema de remuneración, el precio de ejercicio o el sistema de cálculo del precio de ejercicio de las opciones sobre acciones, el valor de las acciones que, en su caso, se tome como referencia y el plazo de duración del plan.

6. DEBERES Y RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

Con formato: Español (España)

6.1 DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES

Podemos diferenciar dos tipos de deberes de los administradores: los *deberes fiduciarios* y los *deberes legales*. Los deberes fiduciarios son aquellos que resultan de la propia naturaleza del cargo y del contrato de administración concluido entre el administrador y la sociedad, a diferencia de los deberes legales de los administradores son aquellos que derivan de lo previsto en las normas jurídicas que le son de aplicación

Con formato: Español (España)

Deberes fiduciarios

La posición fiduciaria de los administradores sociales se define por el deber de fidelidad que éstos están obligados a cumplir frente a la sociedad en el desempeño del cargo y cuyo significado reside en anteponer, ante cualquier situación, el interés social al suyo propio. La Jurisprudencia ha establecido que: "esta expresión de ordenado empresario y representante leal equivale a la expresión de "buen padre de familia" del artículo 1.104, párrafo segundo, del Cc." (SAP de Zaragoza de 5 de diciembre de 2005).

La Ley de reforma de la LSC recoge una tipificación más precisa de los deberes de diligencia y lealtad.

Con formato: Español (España)

Deber de diligencia

El deber de diligencia exige a los administradores desempeñar su cargo cumpliendo con el modelo de conducta del "ordenado empresario", tal y como exigen el art. 225 LSC.

La Ley de reforma de la LSC ha establecido regímenes diferenciados en atención a las funciones encomendadas a cada administrador; y ha consagrado legislativamente en el art. 226 LSC la denominada "business judgment rule" o "protección de la discrecionalidad empresarial", que nuestros tribunales venían empleando cada vez más en sus pronunciamientos, cuyo objetivo es proteger la discrecionalidad empresarial en el ámbito estratégico y en las decisiones de negocio, protegiendo las opciones diligentes tomadas por los administradores. La redacción de los arts. 225 y 226 LSC dada por la Ley 31/2014 hace explícito el derecho y deber de los administradores de recabar la información necesaria para adoptar decisiones informadas así como la obligación de una dedicación adecuada para la adopción de medidas precisas para una buena dirección y control de la sociedad.

Conforme a la redacción actual del art. 225 LSC los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos.

Asimismo la LSC establece que los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad. En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones.

El nuevo art. 226 LSC en el que se regula la protección de la discrecionalidad empresarial establece que el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado. No se entenderán incluidas dentro del ámbito de discrecionalidad empresarial aquellas decisiones que afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas y, en particular, aquellas que tengan por objeto autorizar las operaciones previstas en el artículo 230 LSc

El incumplimiento del deber de diligencia, en cualquiera de los aspectos referidos anteriormente, conlleva que a los administradores se les pueda exigir responsabilidad por los daños que su conducta cause al patrimonio social. La falta de diligencia del administrador podrá ser tanto por acción como por omisión. Asimismo, debemos destacar que la obligación de administrar es una obligación de medios, no del resultado, por lo que no se puede confundir el éxito o el fracaso de la sociedad o de un negocio de ésta con el cumplimiento del deber de diligencia.

Deber de lealtad

Este deber de lealtad del administrador es el segundo de los deberes fiduciarios generales, regulado en el artículo 227 LSC y, al igual que el anterior, integra el contrato de administración suscrito entre éste y la sociedad, si bien dicho deber se concreta en la obligación del administrador de desempeñar su cargo siguiendo el modelo de conducta de un "representante leal". El deber de lealtad exige al administrador actuar en beneficio del interés de la sociedad en todas aquellas circunstancias en las que se presente un conflicto entre los intereses de ésta y los suyos propios, por tanto quedan proscritas todas aquellas decisiones del administrador que ante tales circunstancias no beneficien al interés social.

La infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador.

Los arts. 228 y 229 LSC prevén expresamente cuales son las conductas a las que está obligado el administrador en virtud del deber de lealtad:

- a) No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas.
- b) Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera.
- c) Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto. Se excluirán de la anterior obligación de abstención los acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros de análogo significado.
- d) Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.
- e) Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad.

Por su parte, el art. 229 LSC regula expresamente cómo debe actuar el administrador ante situación de conflicto de interés, según el cual el administrador está obligado a abstenerse de:

- a) Realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiéndose por tales aquéllas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad.
- b) Utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas.
- c) Hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados.
- d) Aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad.
- e) Obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía.
- f) Desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad.

Del mismo modo, la Ley prevé que dichas previsiones serán de aplicación también en el caso de que el beneficiario de los actos o de las actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador.

En todo caso, los administradores deberán comunicar a los demás administradores y, en su caso, al consejo de administración, o, tratándose de un administrador único, a la junta general cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que ellos o personas vinculadas a ellos pudieran tener con

el interés de la sociedad.

Al igual que sucede respecto al deber de diligencia, no es posible modificar estatutariamente la responsabilidad del administrador derivada de la vulneración del deber de lealtad ya que tal extremo no afectaría únicamente a la sociedad sino también a los acreedores de ésta. Pero es más, teniendo en cuenta que las actuaciones constitutivas de infracción del deber se presumen dolosas, cualquier modificación de la responsabilidad del administrador derivada de dicha infracción vulneraría lo previsto en el artículo 1.102 *in fine* del CC.

No obstante lo anterior, la reforma de la LSC se desarrolla el régimen de imperatividad y dispensa del deber de lealtad (art. 230 LSC). — Conforme dispone dicho precepto la sociedad podrá dispensar las prohibiciones contenidas en el artículo anterior en casos singulares autorizando la realización por parte de un administrador o una persona vinculada de una determinada transacción con la sociedad, el uso de ciertos activos sociales, el aprovechamiento de una concreta oportunidad de negocio, la obtención de una ventaja o remuneración de un tercero. La autorización deberá ser necesariamente acordada por la junta general cuando tenga por objeto la dispensa de la prohibición de obtener una ventaja o remuneración de terceros, o afecte a una transacción cuyo valor sea superior al diez por ciento de los activos sociales. En las sociedades de responsabilidad limitada, también deberá otorgarse por la junta general la autorización cuando se refiera a la prestación de cualquier clase de asistencia financiera, incluidas garantías de la sociedad a favor del administrador o cuando se dirija al establecimiento con la sociedad de una relación de servicios u obra. En los demás casos, la autorización también podrá ser otorgada por el órgano de administración siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que la conceden respecto del administrador dispensado. Además, será preciso asegurar la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado y la transparencia del proceso.

La obligación de no competir con la sociedad solo podrá ser objeto de dispensa en el supuesto de que no quepa esperar daño para la sociedad o el que quepa esperar se vea compensado por los beneficios que prevén obtenerse de la dispensa. La dispensa se concederá mediante acuerdo expreso y separado de la junta general. En todo caso, a instancia de cualquier socio, la junta general resolverá sobre el cese del administrador que desarrolle actividades competitivas cuando el riesgo de perjuicio para la sociedad haya devenido relevante.

Podemos destacar como la reforma de la LSC mejora el orden y descripción de las obligaciones derivadas del deber de lealtad, destacando el deber de secreto y el de evitar conflictos de interés (art. 228 LSC) y de los procedimientos que se deberían seguir en caso de conflicto de interés (art. 229 LSC), extendiendo el deber lealtad a los administradores de hecho en sentido amplio y se refiere a la responsabilidad de los altos directivos, así como ampliando el alcance de la sanción más allá del resarcimiento de daño causado para comprender la devolución por el administrador del enriquecimiento injusto obtenido con la infracción.

Deber de secreto

El deber de secreto forma parte de los llamados deberes fiduciarios específicos. Se diferencia de los anteriores—deberes fiduciarios generales—en que no obliga únicamente a las personas que se encuentran ocupando el cargo de administrador sino también a aquellas que han ostentado dicho cargo y las personas físicas designadas por los administradores sociales que son personas jurídicas. Este deber se concreta en la obligación de los sujetos anteriormente referidos de guardar secreto sobre la información de carácter confidencial que conozcan como consecuencia del ejercicio, actual o

no, de su cargo. Las conductas que suponen una violación del deber de secreto se concretan en dos: (i) la comunicación de información confidencial a terceros y (ii) la divulgación de información confidencial. Esta obligación tiene a su vez determinados límites: (i) frente a los socios que exijan información, si representan más del cinco por ciento del capital social; y (ii) frente a los requerimientos de la Administración o de la Autoridad judicial.

Deber de abstención

El deber de abstención de los administradores sociales obliga a éstos a abstenerse de ejercer el derecho de voto en la adopción de decisiones por el órgano competente cuando el administrador se encuentra en una situación de conflicto de intereses. En la normativa societaria no faltan las disposiciones que se refieran a dicho deber. Entre otras, cabe destacar el artículo 186 de la Ley de Sociedades de Capital que establece, para las sociedades anónimas, una prohibición de ejercicio de los derechos de voto inherentes a las acciones de cuya representación en la Junta General hayan obtenido los administradores de una sociedad anónima en virtud de la formulación previa de una solicitud pública de representación por ellos mismos y para sí o por otros a favor de ellos, de especial importancia en los casos de sociedades cotizadas. De igual modo cabe destacar lo establecido por la Ley de Sociedades de Capital para las sociedades de responsabilidad limitada (art. 190 LSC), al prohibir dicho precepto el ejercicio del derecho de voto correspondiente a las participaciones de cualquier socio cuando éste sea a su vez administrador de la sociedad y el acuerdo que deba adoptar la Junta se refiera a materias en las que se presume que existe un conflicto de intereses para el administrador, siendo éstas las siguientes: (i) la concesión de la dispensa de la prohibición de entrar en competencia con la sociedad, (ii) el establecimiento de prestaciones de obra o servicios entre el administrador y la sociedad y (iii) la concesión de financiación entre la sociedad y el socio administrador.

Deberes legales

Las obligaciones legales son la fuente más clara de responsabilidad en caso de incumplimiento por sus administradores, si bien, su responsabilidad no se limita a lo previsto en éstas sino que, éstos responderán, a su vez, por todos los actos realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar su cargo, es decir, contraviniendo sus deberes fiduciarios anteriormente estudiados.

Con formato: Español (España)

El grupo de deberes que ahora nos ocupa adquiere especial relevancia en lo que se refiere a la responsabilidad de los administradores por deudas, que será estudiada más adelante, ya que, si los administradores sociales incumplen algunos de sus deberes legales podrán ser responsables solidariamente junto a la sociedad por las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución (art. 367 LSC).

Con formato: Español (España)

Deber de convocatoria de la Junta General

El deber de convocar la Junta General no opera de pleno derecho sino que surge cuando concurre un hecho que la Ley o los estatutos consideren que ha de conducir necesariamente a la disolución de la sociedad (STS de 26 de abril de 2005).

En el supuesto de la sociedad anónima, los administradores deberán convocar la Junta en el plazo de dos meses desde que concurra alguna de las siguientes causas de disolución previstas en el art. 363.1 LSC, a saber: (i) conclusión de la sociedad; (ii) imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social; (iii) paralización de los órganos sociales; (iv) pérdidas cualificadas 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 en caso de

que la sociedad se encuentre en situación de insolvencia; (v) reducción del capital por debajo del mínimo legal y (vi) cualesquiera otras causas previstas en los estatutos de la sociedad. En la sociedad limitada además de por las anteriores causas, se disolverá por la falta de ejercicio de la actividad que constituye el objeto social durante tres años consecutivos (art. 363.2 LSC).

Deber de solicitud de la disolución judicial

El deber de los administradores de solicitar la disolución judicial tiene un doble presupuesto: (i) la subsistencia de la causa de disolución y (ii) el fracaso de la Junta General convocada para acordar la disolución. El primero de los presupuestos exige que la causa de disolución que motivó la convocatoria de la Junta no haya desaparecido, bien porque la sociedad ya no se encuentre en causa de disolución, bien porque en dicho momento la sociedad se encuentre en situación de insolvencia y tenga la obligación por tanto de declararse en concurso, o bien porque algún interesado haya instado en dicho plazo la disolución de la sociedad. El segundo de los presupuestos se refiere a que la Junta debidamente convocada no haya podido celebrarse, o no hubiera adoptado el acuerdo de disolución de la sociedad. En tal supuesto el Órgano de Administración tiene la obligación de solicitar la disolución judicial, si bien cada administrador de forma individual, como interesado, tendrá la facultad para instar la disolución judicial, evitando de este modo la responsabilidad personal por las obligaciones sociales.

Deber de solicitud del concurso

Como es sabido, el administrador de una entidad que no puede hacer frente a sus obligaciones, es decir, que se encuentra en un estado de insolvencia actual o inminente en el sentido previsto en el artículo 2 LC tiene la obligación de solicitar la declaración de concurso en el plazo de dos meses desde su conocimiento (art. 5.1 LC).

6.2 RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

La evolución actual de la legislación mercantil relativa al Órgano de Administración y, sobre todo, en referencia al endurecimiento de las posibles acciones de responsabilidad que pueden iniciarse contra sus miembros, están provocando de una parte, la adopción de medidas tendentes a garantizar y asegurar la actuación del Órgano de Administración frente a eventuales acciones de responsabilidad; de otro lado, la paulatina "profesionalización" de los miembros de los órganos de administración, prestando especial importancia a la formación y experiencia profesional de las personas que lo integran; y, por último, el asesoramiento externo de los órganos de administración en cuantas actuaciones lleven a cabo.

La Ley de reforma de la LSC define por primera vez la figura del administrador de hecho ["Tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias del administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad" (vid. art. 236.3 LSC)] al hacer expresamente extensivo la responsabilidad de los administradores de derecho a los de hecho.

Asimismo, cabe señalar como dicha reforma legal recoge la responsabilidad como administrador de los altos directivos cuando haya consejo de administración y no exista delegación permanente de facultades en uno o varios consejos delegados y establece que la responsabilidad es solidaria entre el administrador persona jurídica y su representante persona física.

La reforma de la LSC operada por la Ley 31/2014 también extiende el régimen de responsabilidad de

Con formato: Español (España)

Con formato: Español (España)

Con formato: Español (España)

los administradores a personas asimiladas y facilita la interposición de la acción social de responsabilidad — a la que nos referiremos a continuación — reduciendo la participación necesaria para obtener legitimación y permitiendo, en los casos de infracción del deber de lealtad, su interposición directa, sin necesidad de esperar a un acuerdo de la junta general (conformen prevén los artículos 236, 239 y 241 bis LSC tras la modificación operada por la Ley 31/2014).¹⁶

Por último cabe destacar entre las novedades en materia de responsabilidad societaria introducidas por la Ley 31/2014 la presunción de culpabilidad de los administradores, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales y la previsión expresa de un plazo de prescripción para ejercitar las acciones de responsabilidad, social e individual, de cuatro años a contar desde el día en que hubieran podido ejercitarse.

1. Presupuestos de la responsabilidad

Los administradores pueden llegar a responder con su patrimonio personal en los supuestos en los que no cumplan con los deberes inherentes a su cargo, anteriormente estudiados. El artículo 236 LSC dispone que los administradores de derecho o de hecho como tales, responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo.

2. Responsabilidad solidaria y causas de exoneración de la responsabilidad

El artículo 237 de la Ley de Sociedades de Capital determina el carácter solidario de la responsabilidad entre los administradores y junto a la sociedad, al disponer que todos los miembros del Órgano de Administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta General (art. 236.2 LSC). Tampoco se verá exonerado de responsabilidad aquél administrador que alegue que se encontraba al margen de la gestión social ya que tal circunstancia contradice la obligación de todo administrador de desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal y, por tanto, en contra de las actuales exigencias de profesionalidad, eficacia y responsabilidad de los administradores sociales.

Sin perjuicio del carácter solidario de la responsabilidad de los administradores, la ley prevé determinados supuestos de exclusión o moderación de la responsabilidad de ciertos administradores.

Para los supuestos en que el daño se produce como consecuencia de la realización de actos del administrador contrarios a la Ley o a los estatutos, o por omisión de deberes legales, resulta suficiente que de esa infracción se derive un daño para que surja la responsabilidad. No se trata a partir de ahí de afirmar una responsabilidad profesional objetiva, sino que debe entenderse en el sentido de considerar que el hecho de incumplir la ley o los estatutos implica cierto grado de negligencia, tratándose de la responsabilidad de quien, aún por ignorancia, no cumple los deberes que como administrador le

¹⁶ Del mismo modo debemos destacar como la Propuesta de Código Mercantil — regula la materia que ahora nos ocupa con algunas novedades importantes, si bien puesto que aún no es segura su entrada en vigor ni las posibles variaciones en la redacción durante su tramitación, será necesario analizar dichas cuestiones con la debida cautela.

corresponden. En tales supuestos no parece lógico que el administrador pueda exonerarse de responsabilidad probando que no hubo culpa por su parte. En primer lugar, debemos recordar que, como es sabido, el desconocimiento de la norma así como el conocimiento equivocado de la misma, parece que, en la mayoría de los casos, sólo será una prueba más de la negligencia del administrador, cuya diligencia exigible es superior a la general de un buen padre de familia prevista en el artículo 1.104 CC. Por otra parte, para los casos en los que al administrador se le impute la infracción del deber genérico de la diligencia en el cumplimiento de su cargo, hay que recordar que la del administrador es una de las obligaciones consideradas "de medios", es decir, responde de las faltas de gestión y del incumplimiento de sus deberes de lealtad, pero no del éxito de su gestión. La prueba de que, en las circunstancias concretas de tiempo y de lugar, su actuación ha sido la propia de un ordenado empresario y representante leal, servirán para exonerarle de responsabilidad. — Por último, cabe destacar que los casos fortuitos o de fuerza mayor, en el sentido —previsto en el artículo 1.105 CC, pueden jugar como circunstancias extrañas que, en caso de concurrir, interrumpirían el nexo causal entre la conducta del sujeto y la producción del daño. Por tanto, el administrador no responderá de los daños que sean consecuencia de un suceso ajeno a su ámbito de control. Sobre la base de las referidas disposiciones legales, nuestra doctrina y jurisprudencia ha establecido determinados supuestos en los que la responsabilidad de un administrador puede verse moderada e incluso excluida si concurren circunstancias concretas fijadas por nuestra jurisprudencia.

Por último, es —importante destacar que la responsabilidad de los administradores de una sociedad que se encuentre en esta situación es solidaria entre todos los miembros del Órgano de Administración y con la sociedad. Por tanto, en el supuesto de responsabilidad previsto en el artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital, un acreedor podrá reclamar la totalidad de la deuda de cualquiera de los administradores (*ius electionis* y *ius variandi*). Si bien, la solidaridad opera sólo frente a terceros, pero internamente la responsabilidad de los administradores es mancomunada, de manera que el administrador que hubiera pagado la deuda social podrá repetir contra la sociedad por la totalidad de la deuda pagada y contra los demás administradores por su cuota (art. 1.828 y 1.829 CC).

3. Acciones societarias de responsabilidad de administradores. Especial referencia a la situación de concurso de la sociedad.

Las posibles acciones societarias que se pueden ejercitar frente a los administradores son las siguientes: la acción social, la acción individual por daños y la acción de responsabilidad por deudas de la sociedad. Existe una cuarta acción de responsabilidad de los administradores, si bien limitada a aquellos supuestos en los que la sociedad se encuentre en situación concursal, que es la acción de responsabilidad concursal, regulada en el artículo 172 bis de la Ley Concursal, que será analizado al estudiar la calificación culpable del concurso.

La Ley 38/2011, de 10 de octubre, que entró en vigor el pasado 1 de enero de 2012, modificó algunos aspectos de la Ley Concursal, entre los que se encuentra el sistema de coordinación de las acciones de responsabilidad societaria. Desde la citada reforma, una vez que se declare el concurso de la sociedad el administrador concursal tendrá la legitimación exclusiva para ejercitar las acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada contra sus administradores, auditores o liquidadores (art. 48 quáter LC); además, los jueces de lo mercantil no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión en las que se ejerciten acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución (art. 50.2 LC); y quedarán en suspenso hasta que finalice el concurso, los procedimientos iniciados antes de la declaración de concurso en los que se hubieran ejercitado acciones de reclamación de obligaciones

sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución (art. 51 bis LC), quedando al margen de lo previsto en dicho precepto las acciones individuales por daño.

Acción social

La acción social es la acción propia de la sociedad contra sus administradores, basada en el daño causado al patrimonio social, sin perjuicio de que haya otros legitimados subsidiarios que pueden ejercerla subsidiariamente respecto de la sociedad porque están interesados en la reconstitución de ese patrimonio. Cuando los administradores incumplan los deberes inherentes al desempeño de su cargo referidos en el Epígrafe anterior y de dicha conducta se deriven consecuencias dañosas para la sociedad, podrá ejercitarse la acción social de responsabilidad para defender los intereses de ésta.

El ejercicio de la acción social de responsabilidad aparece regulado en el artículo 238 LSC. Dicho precepto legal determina que la responsabilidad de los administradores por daños al patrimonio social sólo es exigible cuando se cumplen determinados presupuestos expresamente previstos en la Ley, siendo posible que dicha acción sea ejercitada por la sociedad, por determinados socios o por los acreedores de ésta.

Los requisitos necesarios para su ejercicio varían en función de quien ejercita dicha acción, siendo en todo caso, insuficiencia del patrimonio social para la satisfacción de los créditos de la sociedad.

La Ley de reforma de la LSC ha supuesto una flexibilización del régimen de ejercicio de la acción social de responsabilidad, mediante la reducción al 3% del capital requerido en las sociedades cotizadas para la legitimación de la minoría y la posibilidad de ejercicio directo, sin necesidad de junta previa, en caso de infracción del deber de lealtad.

En primer lugar, debemos señalar que el ejercicio de la acción civil de responsabilidad contra un administrador negligente por daño al patrimonio social corresponde *iure proprio* a la sociedad, por medio de la Junta General, al ser éste el órgano de expresión de la voluntad social. De igual modo, la Junta puede en cualquier momento transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieran a ellos socios que representen el cinco por ciento del capital social, según establece el apartado segundo del artículo 238 LSC. Por otra parte, el art. 239 LSC legitima a los socios minoritarios para que también pueda ejercitar la acción social contra los administradores. En concreto, establece el art. 239 LSC respecto a la legitimación de la minoría para ejercitar dicha acción que: “el socio o socios que posean individual o conjuntamente una participación que les permita solicitar la convocatoria de la junta general, podrán entablar la acción de responsabilidad en defensa del interés social cuando los administradores no convocasen la junta general solicitada a tal fin, cuando la sociedad no la entablare dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo, o bien cuando este hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad”. Éstos podrán ejercitar directamente la acción social de responsabilidad cuando se fundamente en la infracción del deber de lealtad sin necesidad de someter la decisión a la junta general. Finalmente, ante la pasividad de la sociedad y de sus socios, el art. 240 LSC también legitima a los acreedores de la sociedad para ejercitar la acción social frente a los administradores de su sociedad deudora.

El ejercicio de la acción social por un acreedor de ésta requiere que en el patrimonio de la sociedad no haya bienes suficientes para satisfacer a sus acreedores. Se trata de una medida de protección del patrimonio de la sociedad deudora que puede ser ejercitada por sus acreedores, pero de la que es titular la sociedad, por lo que podemos establecer que el objeto de tutela de esta acción es el interés

social por lo que tradicionalmente se ha entendido que la acción social tiene carácter unitario, aunque pueda ser ejercitada por diferentes sujetos. Por ello, las consecuencias inmediatas derivadas del ejercicio de la acción repercuten directamente en el patrimonio de la sociedad y no en el del acreedor instante de la acción, por lo que éste no percibe de modo directo el incremento patrimonial del ejercicio de una acción ajena, sino que será el patrimonio de la sociedad deudora el que se verá incrementado si la acción prospera y posteriormente el acreedor, sin ningún privilegio frente al resto, deberá intentar cobrar de la sociedad.

Por tanto, en los supuestos en los que el acreedor pueda ejercitar la acción individual a la que nos referiremos a continuación es comprensible que prefiera instar esa acción frente a la acción social, no dándose en la práctica muchos supuestos de acreedores que ejerciten la acción social de responsabilidad (STS de 22 de marzo de 2006).

En el caso de que la sociedad deudora se encuentre en concurso, desde la entrada en vigor de la Ley 38/2011 antes referida, el juez del concurso será el único competente para conocer de la acción social y la administración concursal la única legitimada para su ejercicio, ordenando al juez del concurso la acumulación de oficio de aquellos procesos en los que se hubiera ejercitado la acción social de responsabilidad con anterioridad a la declaración de concurso.

Acción individual por daños

La Ley de Sociedades de Capital contempla en su artículo 236 los motivos por los cuales los administradores de las sociedades pueden incurrir en responsabilidad y, por tanto, responder con su propio patrimonio de los daños y perjuicios que puedan causar a terceros por sus propios actos. Dicho precepto prevé que los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios o accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar su cargo. La acción individual se dirige, por tanto, al resarcimiento de los daños directos e individuales causados a acreedores o socios concretos.

Las obligaciones legales son la fuente más clara de responsabilidad en caso de incumplimiento por sus administradores, si bien, su responsabilidad no se limita a lo previsto en éstas sino que, como veíamos al analizar los deberes de los administradores, éstos responderán, a su vez, por todos los actos realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar su cargo, es decir, contraviniendo su deber de diligencia. La acción individual de responsabilidad por daño se refiere a actos de los administradores que lesionen directamente el patrimonio individual de personas ajenas a la sociedad, y no el patrimonio de la sociedad, a diferencia de la acción social anteriormente referida. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta General (art. 236. 2 LSC).

La acción individual se encuentra tipificada en el artículo 241 LSC en el que se establece que quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos. Lo anterior implica que el ejercicio de la acción social, estudiada anteriormente, no excluye la subsistencia de las eventuales acciones conforme al derecho común, de quienes resulten directamente perjudicados en su patrimonio por actos realizados por los administradores en el ejercicio de su cargo. La acción individual que nos ocupa puede ser ejercitada por aquellas personas que acrediten haber sufrido un daño directamente imputable a una conducta (por acción u omisión) del administrador y por tanto, puede ser ejercitada tanto por los socios de la sociedad como por terceros ajenos a ésta.

La acción individual de responsabilidad por daño directo esencialmente requiere que el acreedor instante de esta acción acredite que —ha existido: (i) una acción u omisión negligente imputable al administrador, (ii) un daño patrimonial causado directamente a un socio o a un tercero, en este caso el impago de las deudas a un acreedor y (iii) una relación de causalidad entre el comportamiento culposo del administrador y el perjuicio ocasionado al tercero. Entre los daños sufridos por el socio o el tercero que puede reclamar a los administradores sociales si acredita los extremos anteriores se encuentran los supuestos de causación dolosa de daños (incumplimiento consciente y voluntario) si tales daños son objetivamente imputables al administrador. Por ejemplo, si los administradores han continuado endeudando a la sociedad a sabiendas de la grave situación patrimonial que sufría la sociedad (por ejemplo, si estaba incurso en causa de disolución o de concurso) y a pesar de ello agravan la situación de insolvencia de la sociedad de forma consciente, siendo necesario que el acreedor no tuviera conocimiento de dicha situación de disolución o insolvencia de la sociedad.

Como es sabido, la regla general es que responde la sociedad de los daños ocasionados como consecuencia del incumplimiento o de la incorrecta ejecución de un contrato celebrado con la sociedad, si bien en determinados casos, sus administradores pueden influir directamente en esa correcta o defectuosa ejecución pudiendo responder por los daños directos ocasionados a los acreedores de la sociedad. En estos casos serán de aplicación las normas sobre responsabilidad extracontractual —al encontrarnos ante una lesión de un derecho de crédito por un tercero, por lo que no se trata de una infracción contractual pues este tipo de relación existiría entre la sociedad y el acreedor en concreto, no siendo, por tanto, parte el administrador social. En estos casos, el fundamento de la responsabilidad no es el contrato sino el comportamiento doloso del administrador (incumplimiento consciente y voluntario) respecto del que siempre existe un deber de indemnizar en la medida en que los daños derivados de dicho comportamiento resulten objetivamente imputables al comportamiento del administrador.

Acción de responsabilidad por deudas de la sociedad

Junto al régimen de responsabilidad societario anteriormente analizado (acción social y acción individual por daños), el legislador español introdujo en 1989 una nueva acción de responsabilidad de administradores, probablemente influido por el Derecho comparado.

Cualquier acreedor no puede acudir a los tribunales por la vía de la responsabilidad por deudas para obtener el cobro de sus créditos frente a los administradores sino sólo los titulares de créditos que tienen origen en un momento posterior a la concurrencia de la causa de disolución podrán ejercitar la acción de responsabilidad de administradores. Para ello será necesario acreditar que la sociedad se encontraba en alguno de los supuestos legales que exige la disolución o el concurso, o en su caso la convocatoria de Junta para tratar tal extremo y que, sin embargo, los administradores no cumplieron con sus obligaciones legales.

La diferencia entre esta acción y la acción individual por daño radica en que la responsabilidad por deudas de la sociedad se establece para el caso de incumplimiento de los deberes que la Ley les impone a los administradores, aunque no sean causantes del daño sufrido por el tercero instante de la acción, mientras que la responsabilidad por daños exige que dicho daño sea imputable directamente a la conducta del administrador demandado. Efectivamente, a diferencia de lo que ocurre con la acción individual por daños, en el caso que ahora nos ocupa basta con el incumplimiento de los deberes legales del administrador de convocar la Junta para que acuerde la disolución, o en su caso, solicitar la disolución judicial para que entre el juego la responsabilidad solidaria de los administradores con la sociedad ex art. 367 LSC, por lo que no es necesario acreditar un resultado dañoso ni la vinculación causal entre el acto ilícito y el daño. Se trata de una sanción extraordinariamente dura para el

administrador de una sociedad. No obstante, debemos tener en cuenta que el objetivo de esta norma no es sancionar al administrador por la disminución del patrimonio social, sino por mantener en el tráfico, por ejemplo, una sociedad cuyo patrimonio se encuentra por debajo de la mitad del capital social, perjudicando a los acreedores para los que la cifra del capital de la sociedad ya no significa nada.

Desde la entrada en vigor de la reforma de la Ley Concursal operada por la Ley 38/2011 (aplicable a concursos iniciados con posterioridad al 1 de enero de 2012) han quedado en suspenso las acciones de responsabilidad por deudas que hubieran sido ejercitadas antes de la declaración de concurso de la sociedad hasta la conclusión del procedimiento concursal (art. 51.1 bis LC) y, asimismo, se impide la admisión a trámite de nuevas demandas ex art. 367 LSC durante el mismo periodo (art. 50.2 LC).

7 CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN: COMPOSICIÓN, DESIGNACIÓN, SISTEMAS DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL Y DE COOPTACIÓN DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS. ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO. IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS. DELEGACIÓN DE FACULTADES Y FACULTADES INDELEGABLES.

Composición

El Consejo de Administración es la forma más común de administración de las sociedades anónimas. Como vimos, el Consejo de Administración estará formado por un mínimo de tres miembros. Los estatutos fijarán el número de miembros del Consejo de Administración o bien un número máximo o mínimo, correspondiendo en este caso a la Junta de socios la determinación del número concreto de sus componentes. A diferencia de las sociedades anónimas en las que no existe un límite máximo de miembros del Consejo, en la sociedad de responsabilidad limitada, en caso de Consejo de Administración, el número máximo de los componentes del Consejo no podrá ser superior a doce (art. 242 LSC). El Consejo de Administración presenta determinadas ventajas frente al resto de formas de organización de la administración de la sociedad, ya que en el Consejo pueden participar accionistas, directivos y expertos independientes lo que enriquece al Órgano de Administración y, además, a través de la delegación de facultades a la que nos referiremos más adelante, se puede lograr que uno o varios consejeros (Consejeros delegados o Comisiones ejecutivas) ostenten facultades de representación muy amplias agilizando así el funcionamiento de las sociedades.

Designación de Consejeros. Sistemas de representación proporcional y de cooptación de las sociedades anónimas

Como vimos, la Junta General tiene la facultad de elegir a los miembros del Consejo de Administración. Esta facultad es absoluta en las sociedades de responsabilidad limitada, sin embargo, en las sociedades anónimas presenta dos excepciones:

el sistema de representación proporcional de las sociedades anónimas, regulado en el art. 243 LSC fue instaurado por el RD 823/1991, de 17 de mayo. Dispone el citado precepto que las acciones que voluntariamente se agrupen, hasta constituir una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de componentes del Consejo, tendrán derecho a designar los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción. En el caso de que se haga uso de esta facultad, las acciones así agrupadas no intervendrán en la votación de los restantes componentes del Consejo. Se trata, por tanto, de un sistema facultativo de representación proporcional de las minorías en el Consejo de Administración, para impedir que los accionistas mayoritarios puedan designar a la totalidad de los miembros del Consejo.

el sistema de cooptación, regulado en el art. 244 LSC, establece que en las sociedades anónimas, si

durante el plazo para el que fueron nombrados los administradores se produjesen vacantes sin que existieran suplentes, el Consejo podrá designar entre los accionistas las personas que hayan de ocuparlas hasta que se reúna la primera Junta General. Con el objeto de evitar la costosa y compleja convocatoria de la Junta, la Ley faculta al propio Consejo para designar entre los accionistas a las personas que ocuparan las vacantes que se queden en el Consejo, si bien con carácter provisional, únicamente hasta la celebración de la siguiente Junta General, que podrá ratificar o no al miembro del Consejo que fue elegido provisionalmente. Aunque en principio este sistema se concibe como excepcional, en especial en las sociedades cotizadas se ha convertido en la regla general al permitirse de este modo la autoselección de los miembros del Consejo, es decir, que sean los propios administradores los que decidan sobre los demás integrantes del Consejo, si bien sometidos a la posterior ratificación de la Junta.

Cargos, Organización y funcionamiento

El Consejo de Administración, como órgano colegiado que es, está sujeto a unas reglas de organización y funcionamiento en materia de convocatoria, constitución, adopción de acuerdos, etc. que, en principio, pueden ser libremente acordadas por cada sociedad. En esta materia regirán, en principio, lo previsto en los estatutos sociales.

El Consejo de Administración debe designar necesariamente a su Presidente. Entre las funciones del Presidente del Consejo se encuentran las siguientes: (i) convocar la Junta General y al propio Consejo; (ii) verificar que se facilita la información previa solicitada por los consejeros; (iii) verificar y declarar la válida constitución del Consejo de Administración; (iv) dirigir las reuniones del Consejo de Administración, otorgando y retirando la palabra, ordenando la votación y proclamando el resultado; (v) otorgar el visto bueno a las certificaciones expedidas por el Secretario del Consejo de Administración; y (vi) ser el destinatario de las comunicaciones y notificaciones que se dirijan a la sociedad. Por su parte, el Vicepresidente del Consejo tiene la función de sustituir al Presidente en sus funciones. Finalmente, el Secretario del Consejo tiene la función y facultad, entre otras: (i) de colaborar con el Presidente en la preparación de las sesiones; (ii) redactar las actas de las sesiones del Consejo; (iii) conservar y custodiar los libros de actas y demás documentación societaria; y (iv) ostentar la Secretaría de la Junta General, entre otras.

El Consejo de Administración será convocado por su Presidente o el que haga sus veces. Los administradores que constituyan al menos un tercio de los miembros del Consejo podrán convocar al Consejo, indicando el Orden del día, para su celebración en la localidad donde radique el domicilio social, si, previa petición al presidente, éste sin causa justificada no hubiera hecho la convocatoria en el plazo de un mes (art. 246 LSC, en su redacción dada por la Ley 25/2011, de 1 de agosto). En las sociedades anónimas el Consejo de Administración quedará válidamente constituido cuando concurren a la reunión, presentes o representados, la mayoría de los vocales (art. 247.2 LSC), mientras que en las sociedades de responsabilidad limitada el Consejo de Administración quedará válidamente constituido cuando concurren, presentes o representados, el número de consejeros previsto en los estatutos, siempre que alcancen, como mínimo, la mayoría de los vocales (art. 247.1 LSC).

El consejo de administración deberá reunirse, al menos, una vez al trimestre, tal y como dispone el art. 245.3 LSC introducido por la Ley de reforma de LSC.

Adopción e impugnación de acuerdos

Los acuerdos del Consejo de Administración en las sociedades anónimas se adoptarán por mayoría

absoluta, es decir, más de la mitad de los consejeros concurrentes a la sesión presentes o representados. La votación por escrito y sin sesión sólo será admitida cuando ningún consejero se oponga a este procedimiento (art. 248 LSC). Las discusiones y acuerdos del Consejo de Administración se llevarán a un Libro de actas, al que se refiere el art. 26.1 C. Com., debiendo ser firmada el Acta del Consejo por el Presidente y el Secretario del Consejo (art. 250 LSC). La firma de estas dos personas es una garantía más de la veracidad del Acta, de manera que si falta alguna de ellas habrá de ser sustituida por alguna persona que tenga su nombramiento inscrito en el Registro Mercantil. No obstante, habrá de considerarse válida el Acta levantada por un Notario que asiste a la sesión. En la Certificación del Acta que recoja acuerdos inscribibles en el Registro Mercantil habrá de constar los nombres de los miembros del Consejo asistentes a la reunión, para que el Registrador, a la hora de calificar la validez de los acuerdos, pueda comprobar que los asistentes tienen sus cargos vigentes y debidamente inscritos en el propio Registro.

Los acuerdos del Consejo de Administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración (Comisión delegada o Comisión ejecutiva) podrán ser objeto de impugnación. No cabe, por tanto, impugnación contra las decisiones de los Órganos de administración unipersonales (Administrador único, Administradores solidarios o Consejeros delegados).

Los administradores podrán impugnar los acuerdos impugnables del Consejo, desapareciendo con la Ley de reforma de la LSC la antigua distinción entre acuerdos nulos y anulables que vimos al estudiar la impugnación de los acuerdos de la Junta General.

El plazo de impugnación de los acuerdos del Consejo de administración es más reducido, al establecerse un plazo general de treinta días (art. 251.1 LSC). Aunque la cuestión podría prestarse a discusión, entendemos que este plazo no resulta de aplicación para los supuestos de acuerdos contrarios al orden público.

El artículo 251.1 LSC reconoce como legitimados a los administradores y a los socios que representen un 1 % del capital social, aunque este porcentaje se reduce — al igual que para la junta general — al 0,1% en el caso de las sociedades cotizadas (art. 495.2.b) LSC), lo que supone una importante reducción respecto al régimen legal anterior.

La impugnación se tramitará conforme a lo establecido para la impugnación de los acuerdos de la Junta General anteriormente estudiada con la particularidad de que, en este caso, también procederá por infracción del reglamento del consejo de administración (art. 251.2 LSC).

Delegación de facultades y facultades indelegables

El Consejo de Administración puede delegar facultades concretas y/o temporalmente mediante el otorgamiento de poderes o bien puede delegarlas de forma general y/o permanente creando dentro de sí otro órgano, que frente a terceros ostentará el mismo poder legal de representación que el propio Consejo. En la práctica es frecuente que los miembros del Consejo no tengan la capacidad y los conocimientos para gestionar el día a día de la sociedad, y utilicen esa posibilidad que les confiere la Ley de delegar las facultades de gestión a favor de determinadas personas, normalmente a un comisión del propio Consejo integrada por *Consejeros directivos*; a favor de un consejero que pasará a ser *Consejero delegado* o de una *Comisión ejecutiva*; o a favor del principal directivo que ocupa también la presidencia del Consejo, denominado *Presidente ejecutivo* con delegación de facultades. Todo ello sin perjuicio de los apoderamientos que, como vimos, podían conferir a cualquier persona, y siempre que los estatutos de la sociedad no dispongan otra cosa (art. 249.1 LSC).

La materia relativa a delegación de facultades es una de las materias que más se ha visto afectada

por la Ley de reforma de la LSC.

Entre las reformas introducidas cabe destacar la obligación que ahora prevé la LSC de suscribir un contrato entre la sociedad y el miembro de su consejo de administración que sea nombrado consejero delegado o al que se atribuyan funciones ejecutivas, que deberá ser aprobado por una mayoría cualificada del consejo. El art. 249.3 LSC prevé que cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, será necesario que se celebre un contrato entre este y la sociedad que deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros. El consejero afectado deberá abstenerse de asistir a la deliberación y de participar en la votación. El contrato aprobado deberá incorporarse como anejo al acta de la sesión. En el contrato se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, incluyendo, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro. El consejero no podrá percibir retribución alguna por el desempeño de funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en ese contrato. Dicho contrato deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general.

Además, la Ley de reforma de la LSC ha ampliado las facultades indelegables del consejo de administración del conjunto de las sociedades mercantiles de modo que en ningún caso podrán ser objeto de delegación, siendo dichas facultades indelegables las previstas en el art. 249 bis LSC:

Con formato: Español (España)

a) La supervisión del efectivo funcionamiento de las comisiones que hubiera constituido y de la actuación de los órganos delegados y de los directivos que hubiera designado.

b) La determinación de las políticas y estrategias generales de la sociedad.

c) La autorización o dispensa de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo dispuesto en el artículo 230 LSC.

d) Su propia organización y funcionamiento.

e) La formulación de las cuentas anuales y su presentación a la junta general.

f) La formulación de cualquier clase de informe exigido por la ley al órgano de administración siempre y cuando la operación a que se refiere el informe no pueda ser delegada.

g) El nombramiento y destitución de los consejeros delegados de la sociedad, así como el establecimiento de las condiciones de su contrato.

h) El nombramiento y destitución de los directivos que tuvieran dependencia directa del consejo o de alguno de sus miembros, así como el establecimiento de las condiciones básicas de sus contratos, incluyendo su retribución.

i) Las decisiones relativas a la remuneración de los consejeros, dentro del marco estatutario y, en su caso, de la política de remuneraciones aprobada por la junta general.

j) La convocatoria de la junta general de accionistas y la elaboración del orden del día y la propuesta de acuerdos.

k) La política relativa a las acciones o participaciones propias.

l) Las facultades que la junta general hubiera delegado en el consejo de administración, salvo que hubiera sido expresamente autorizado por ella para subdelegarlas.

Por último cabe destacar como, en lo que respecta a las sociedades cotizadas, la LSC establece otras facultades adicionales que no podrán ser objeto de delegación, con el fin de preservar la función general de supervisión y control que corresponde al Consejo de administración. Y es que al margen de las facultades indelegables del nuevo artículo 249 bis LSC anteriormente trascritas, que se aplican a todas las sociedades mercantiles, la Ley de Reforma de la LSC ha previsto también la prohibición expresa de que el consejo de administración de las sociedades cotizadas delegue otra serie de facultades añadidas. Este régimen se incluye en el nuevo artículo 529 ter LSC a cuyo contenido nos remitimos.

Con formato: Español (España)

8. GOBIERNO CORPORATIVO: EL "BUEN GOBIERNO" DE LAS SOCIEDADES

El Buen Gobierno o "Corporate Governance" puede ser definido como el conjunto de mecanismos mediante los cuales una empresa es dirigida y controlada o como estableció la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, Principios de Gobierno Corporativo de la OECD en 2004 "el gobierno corporativo abarca un conjunto de relaciones entre la administración de la empresa, su Consejo de Administración, sus accionistas y otras partes interesadas. También proporciona la estructura a través de la que se fijan los objetivos de la compañía y se determinan los medios para alcanzar esos objetivos y supervisar el desempeño".

Con formato: Español (España)

El gobierno corporativo constituye uno de los temas más relevantes de la actualidad jurídica y societaria de los últimos tiempos. La importancia adquirida por el Consejo de Administración dentro de la estructura corporativa de las grandes sociedades cotizadas, ha dado lugar a un amplio proceso de valoración del cometido y las funciones que han de corresponder al Consejo de este tipo de sociedades. Aunque adquiere mayor relevancia en el ámbito de las sociedades anónimas cotizadas, también es importante para otras empresas e instituciones, incluso para las no societarias como las Cajas de Ahorros, otras entidades que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores o las empresas públicas. En definitiva, el Buen Gobierno de las sociedades constituye la respuesta necesaria para afrontar los nuevos riesgos económicos (globalización, desregulación, inversión en nuevas tecnologías), jurídicos (incremento de las responsabilidades empresariales) y éticos (crisis de los valores morales empresariales) que desde la década de 1990 ha demostrado la debilidad de las sociedades y del sistema económico y financiero.

Se puede entender que el primer Código de Buen Gobierno relevante que existió en España fue el creado por la Comisión Especial presidida por el Profesor Olivencia en 1998, que consistía en un informe y una serie de veintitrés recomendaciones sobre buen gobierno en sociedades cotizadas que se conoce como "Código Olivencia". Dicho Código tenía como objetivo que las sociedades se comprometiesen a su cumplimiento e informasen al mercado. Posteriormente se creó una segunda comisión que se conoce como "Comisión Aldama" que presentó sus conclusiones y recomendaciones en 2003, entre las que destaca su recomendación de que el legislador obligara a las empresas a que informen sobre sus prácticas de buen gobierno y a exigir responsabilidades a aquellos administradores que no cumplan con sus obligaciones. En resumen, dicha Comisión emitió nuevas recomendaciones y solicitó medidas para asegurar mayor calidad de la información al mercado a través de un Informe Anual de Gobierno Corporativo. Dicha propuesta tuvo su reflejo en la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto

Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas (en adelante, Ley de Transparencia), que amplió los supuestos de responsabilidad de administradores en las sociedades anónimas y obligó a que todas las sociedades anónimas cotizadas publicaran anualmente el Informe de Gobierno Corporativo (inicialmente regulado en el art. 116 LMV y actualmente recogido en el art. 61 bis LMV, según las modificaciones introducidas por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible –en adelante, Ley de Economía Sostenible–). A su vez, la Ley de Transparencia encargó a la CNMV que actualizara y unificara el Código de Buen Gobierno. A través de las Orden ECO/3722/2003 y la Circular 1/2004 de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), se reguló el contenido mínimo y estructura que debía tener el Informe Anual de Gobierno Corporativo.

Con formato: Español (España)

En mayo de 2006 fue aprobado por la CNMV el Código unificado de Buen Gobierno o “Código Conthe” (en honor al entonces Presidente de la CNMV), que fue actualizado parcialmente en junio de 2013 cuyo propósito fue convertir al Consejo de Administración en un órgano de control y de supervisión de los directivos de las sociedades cotizadas (consejeros delegados, altos directivos, etc.) y alinear sus intereses con los de los accionistas. Este Código armonizaba y actualizaba todas las recomendaciones anteriores. La CNMV, a través de la Circular 4/2007 estableció las pautas para adaptar el Informe de Gobierno Corporativo al Código Conthe. Nuevas modificaciones al Informe Anual de Gobierno Corporativo fueron introducidas en 2011 a través de la Ley de Economía Sostenible y mediante la Orden ECC/461/2013 de 20 de marzo se determinaba el contenido y la estructura del informe anual de gobierno corporativo, del informe anual sobre remuneraciones y de otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas, de las cajas de ahorros y de otras entidades que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores, cuyo contenido fue desarrollado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores a través de los modelos de informe anual de gobierno corporativo de las sociedades anónimas cotizadas, de las cajas de ahorros y de otras entidades que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores que publicó la Circular 5/2013 de 12 de junio.

Como se puede observar por las distintas medidas adoptadas, en los últimos años se han intensificado las acciones relacionadas con las buenas prácticas en materia de gobierno corporativo, en especial por el inicio de la crisis financiera internacional, por el convencimiento generalizado de la importancia de que las sociedades cotizadas sean gestionadas de manera adecuada y transparente como factor esencial para la generación de valor en las empresas, la mejora de la eficiencia económica y el refuerzo de la confianza de los inversores.

Por lo anterior, en España, se introdujo como uno de los objetivos del Plan Nacional de Reformas 2013, ampliar el marco del buen gobierno corporativo en España con el objetivo de mejorar la eficacia y responsabilidad en la gestión de las sociedades españolas y, al tiempo, situar los estándares nacionales al más alto nivel de cumplimiento comparado de los criterios y principios internacionales de buen gobierno.

Así, por Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013 se creó en España una comisión de expertos en materia de gobierno corporativo para proponer las iniciativas y las reformas normativas adecuadas para garantizar el buen gobierno de las empresas, y para prestar apoyo y asesoramiento a la Comisión Nacional del Mercado de Valores en la modificación del Código Unificado de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas (Código Conthe).

El 14 de octubre de 2013, la Comisión Nacional del Mercado de Valores publicó el resultado de la

primera parte del trabajo de la referida comisión de expertos: un informe sobre las propuestas de modificaciones normativas en materia de gobierno corporativo. Y, el 4 de diciembre de 2014 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital ("LSC") para la mejora del gobierno corporativo. Las modificaciones introducidas por esta nueva Ley a la LSC parten de la base del citado informe de la comisión de expertos y respetaba la práctica totalidad de sus recomendaciones. Las principales modificaciones podrían ser las siguientes, agrupadas en dos grandes bloques: (i) Juntas de accionistas: Las reformas van encaminadas a ampliar las competencias de la junta general, reforzar los derechos de los accionistas minoritarios y asegurar la transparencia de la información que reciben los accionistas. (ii) Consejos de administración: Las reformas tienen como objetivo, entre otros aspectos, reforzar el régimen jurídico de los deberes y la responsabilidad de los administradores, promover la diversidad de género, experiencia y conocimientos en los consejos, introducir la figura del consejero coordinador—cuando confluyan en la misma persona los cargos de presidente del consejo y primer ejecutivo—, reducir el plazo de mandato a 4 años, clarificar el régimen de remuneraciones y su aprobación por la junta, o convertir en obligatoria, por mandato legal para las sociedades cotizadas, además de la comisión de auditoría, la comisión de nombramientos y retribuciones.

Con el estudio para la elaboración del informe, la comisión de expertos citada, empezó a diferenciar aquellas cuestiones que debían ser propuestas para la mejora del marco regulatorio vigente en España, lo que dio lugar a la Ley 31/2014 ya citada, de las medidas que debían constituir recomendaciones de seguimiento voluntario sujetas al principio de "cumplir o explicar", que son las que se deben contener en un código. Así, con fecha 24 de febrero de 2015 la Comisión Nacional del Mercado de Valores hizo público el nuevo Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas (el "Código"), elaborado con el apoyo de la Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo y aprobado por Acuerdo del Consejo de la CNMV el día 18 de febrero de 2015.

Con formato: Español (España)

El nuevo Código, que sustituye al Código Conthe unificado de 2006, actualizado en 2013, completa la reforma del marco normativo del gobierno corporativo en España, cuyo primer exponente fue la referida reforma de la Ley de Sociedades de Capital, a través de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo.

El nuevo Código está compuesto por 64 recomendaciones, frente a las 53 de la versión de junio de 2013. Las recomendaciones se agrupan en tres grandes bloques: aspectos generales, junta general de accionistas y consejo de administración. Como novedad, el Código se ajusta a un nuevo formato que parte de distinguir e identificar 25 principios que sirven de base para las distintas recomendaciones de carácter concreto y específico. Las sociedades cotizadas deberán dar cuenta, según el principio de "cumplir o explicar", del seguimiento de los distintos aspectos recogidos en el Código en los informes anuales de gobierno corporativo que remitan a la CNMV en 2016. Corresponderá a los accionistas, a los inversores y, en general, a los mercados valorar las explicaciones que las sociedades cotizadas den en relación con el no seguimiento o el seguimiento parcial de las recomendaciones que, en su caso, corresponda.

A nivel europeo, destacamos el Libro Verde de la Comisión Europea "La normativa de gobierno corporativo de la UE" que fue publicado en el mes de abril de 2011, con la finalidad de evaluar la eficacia de la normativa actual de gobierno corporativo de las empresas europeas. El Libro Verde planteó una serie de cuestiones para que los Estados miembros, el Parlamento Europeo, el Comité Económico y Social y otras partes interesadas expresasen su opinión al respecto. Los tres temas tratados, todos ellos centrales para el buen gobierno corporativo, fueron (i) el Consejo de

Administración; (ii) los accionistas; y (iii) la aplicación del principio “cumplir o explicar”. El planteamiento de las cuestiones tratadas en el Libro Verde marcan una tendencia de hacia donde se dirigen las futuras Leyes y recomendaciones en la materia. Destacamos las siguientes consideraciones del Libro Verde: (i) el gobierno corporativo y la responsabilidad social de las empresas son elementos clave para cimentar la confianza de las personas en el mercado único; y (iii) el gobierno corporativo es un medio para frenar planteamientos a corto plazo perjudiciales y la asunción de riesgos excesivos.

Respecto a la obligatoriedad del actual Código debemos señalar que, al igual que el Código Conthe, el mismo no es vinculante, si bien las sociedades cotizadas que no cumplan las recomendaciones previstas en el mismo, tendrán que justificarlo en el Informe Anual de Gobierno Corporativo cuya presentación si es obligatoria. Corresponderá a la Comisión Nacional del Mercado de Valores el seguimiento de las reglas de gobierno corporativo, a cuyo efecto podrá recabar cuanta información precise al respecto, así como hacer pública la información que considere relevante sobre su grado efectivo de cumplimiento, y ello sin perjuicio de las sanciones que proceda imponer a las sociedades cotizadas por la falta de remisión de la documentación o del informe de gobierno corporativo, o la existencia de omisiones o datos engañosos o erróneos (art. 540.5 LSC).

Con formato: Español (España)

El Informe de Gobierno Corporativo deberá ofrecer una explicación detallada de la estructura del sistema de gobierno de la sociedad y de su funcionamiento en la práctica. En todo caso, el contenido mínimo del informe de gobierno corporativo será el siguiente (art. 540.4 LSC): (i) estructura de propiedad de la sociedad (que habrá de incluir, información relativa a los accionistas con participaciones significativas, información de las participaciones accionariales de los miembros del Consejo de Administración, etc.); (ii) cualquier restricción a la transmisibilidad de valores y cualquier restricción al derecho de voto; (iii) estructura de la administración de la sociedad (que habrá de incluir: información relativa a la composición, reglas de organización y funcionamiento del Consejo de Administración y de sus comisiones; identidad y remuneración de sus miembros, funciones y cargos dentro de la sociedad, sus relaciones con accionistas con participaciones significativas, etc.); (iv) operaciones vinculadas de la sociedad con sus accionistas y sus administradores y cargos directivos y operaciones intragrupo; (v) sistemas de control del riesgo, incluido el fiscal; (vi) funcionamiento de la Junta General; (vii) grado de seguimiento de las recomendaciones de gobierno corporativo, o, en su caso, la explicación de la falta de seguimiento de dichas recomendaciones; y (viii) sistemas internos de control y gestión de riesgos en relación con el proceso de emisión de la información financiera. Como novedad introducida por la Ley 31/2014, respecto al contenido mínimo del informe de gobierno corporativo, podemos destacar que se añade la información sobre las medidas que se hayan adoptado para procurar incluir en el consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar un presencia equilibrada de mujeres y hombres, así como las medidas que, en su caso, hubiere convenido la comisión de nombramientos. Asimismo, en los sistemas de control de riesgo, se añade la referencia al fiscal.

Con formato: Español (España)

La información incluida en el Informe Anual de Gobierno Corporativo sobre la composición del Consejo de Administración, sus comisiones delegadas y la calificación de sus consejeros, debía elaborarse de acuerdo con las definiciones del Ministro de Economía y Hacienda o, con su habilitación expresa, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Destacar que en 2011, la Ley de Economía Sostenible otorgó rango legal al uso de las definiciones de las categorías de consejeros y la Ley 31/2014 incluyó en el artículo 529 duodécimo de la LSC las distintas clases de consejeros previstas en la Orden ECC/461/2013, de 20 de marzo, i.e., consejeros ejecutivos, dominicales e independientes, y se mantiene la de otros consejeros externos.

Además, las sociedades cotizadas y otras entidades que emitan valores cotizados deberán difundir a través de sus páginas webs los hechos e información más relevantes previamente comunicados a la CNMV con toda exactitud, garantizando que esta información se efectúa de manera comprensible, gratuita, directa y de fácil acceso para los inversores, incluso se regula el contenido mínimo que deberá tener la página web de una sociedad cotizada, de forma actualizada y con las especificaciones técnicas y jurídicas que determine la CNMV.

Por último, cabe destacar lo dispuesto en el art. 541 LSC (añadido también por la Ley de Economía Sostenible) que junto con el Informe Anual de Gobierno Corporativo, el Consejo de las sociedades anónimas cotizadas deberá elaborar también un "Informe anual sobre las remuneraciones de sus consejeros", que incluirá información completa, clara y comprensible sobre la política de remuneraciones de la sociedad aprobada por el Consejo para el año en curso, así como, en su caso, la prevista para años futuros. El Informe anual sobre las remuneraciones de sus consejeros debe ser sometido a votación por la Junta General Ordinaria de Accionistas con carácter consultivo. La Circular 4/2013, de 12 de junio, incorporó los modelos de informe anual de remuneraciones de los consejeros de sociedades anónimas cotizadas y de los miembros del consejo de administración y de la comisión de control de las cajas de ahorros que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores (art. 541 LSC).

Con formato: Español (España)

Código de campo cambiado

Con formato: Español (España)

Con formato: Español (España)

CASO PRÁCTICO

La sociedad LA MEJOR INVERSIÓN CAPITAL PRIVADO, S.A, dedicada a la promoción y gestión de fondos de capital riesgo y está, integrada por tres socios (Pepe, Juan y María) que, a su vez, son miembros del Consejo de Administración. El citado Consejo de Administración ha adoptado un acuerdo en la reunión del Consejo celebrada el 1 de marzo de 2012 en virtud del cual se aprueba la distribución de un importante *bonus* a favor de los empleados (incluidos los socios) que hayan obtenido unos fondos anuales superiores a un millón de euros. Juan y María, que se dedican a viajar por todo el mundo captando fondos para la sociedad y que han obtenido en el último año unos fondos superiores al millón de euros, han votado a favor de dicho acuerdo del Consejo. Sin embargo, Pepe, que se dedica normalmente a las labores financieras y contables de la sociedad, y no a la obtención de fondos por su fobia a los aviones, ha votado en contra del referido acuerdo del Consejo, ya que entiende que al haber venido arrastrando pérdidas la sociedad, considera que dicho acuerdo en el que se aprueba el reparto del *bonus* sería perjudicial para los intereses de la sociedad. Por el contrario, Juan y María alegan que si no se incentiva la obtención de fondos la sociedad estará perdida.

Indique si Pepe podrá iniciar acciones para impugnar el acuerdo del Consejo de 1 de marzo de 2012 y, en caso de que su respuesta sea afirmativa, el procedimiento a seguir y los motivos que alegaría para impugnar dicho acuerdo. En el supuesto de que Ud. representara a la sociedad, indique qué podría alegar para defender la validez del acuerdo. Por último, ¿creé Ud. que el acuerdo impugnado podría tener alguna relación con la retribución de administradores? De ser así, indique qué aspectos deberán ser tenidos en consideración.

BIBLIOGRAFÍA

Con formato: Español (España)

CABALLERO GEA, J.A., Ley de Sociedades de Capital. Síntesis y ordenación de la doctrina de los Tribunales y de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Madrid, Dykinson, 2011.

GIMENO BAYÓN COBOS, R. (Dir), Órganos de la sociedad de capital. Tomo I: Junta General e impugnación de acuerdos, los administradores y su responsabilidad. Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

HOPT, K.J., Estudios de Derecho de sociedades y del Mercado de Valores. Madrid, Marcial Pons, 2010.

MATEU DE ROS CEREZO, R., El Código Unificado de Gobierno Corporativo, Navarra, Aranzadi Thomson, 2007.

Con formato: Español (España)

Con formato: Español (España)

MOYA JIMÉNEZ, A., La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes. 7ª ed., Barcelona, Bosch, 2011.

OLCESE SANTOJA, A., Teoría y práctica del buen gobierno corporativo. Madrid, Marcial Pons, 2005.

ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A., Comentario de la LEY de Sociedades de Capital. Tomo II, Navarra, Aranzadi, 2011.

SÁNCHEZ CALERO F, y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J., Instituciones de Derecho Mercantil, Vol. 13ª Ed. Pamplona, 2012.

VEGA VEGA, J.A.: Sociedades de Capital. Colección UEX, Cáceres, 2014.

VIVES RUIZ, F.: La impugnación de acuerdos sociales en la reforma de la legislación mercantil. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2014.

SUMARIO

1. Expresión orgánica de la voluntad de la persona jurídica

1.1. Junta General y Órgano de Administración

1.2. Competencias y conflictos inter-orgánicos

- 2. Tipos de Junta
 - 2.1. Junta General ordinaria y extraordinaria
 - 2.1.1. Junta General ordinaria
 - 2.1.2. Junta General extraordinaria
 - 2.2. Junta General y Especial
 - 2.3. Junta Universal
- 3. Junta General
 - 3.1. Convocatoria de la Junta
- 3.2. Constitución, celebración y composición de la Junta
 - 3.3. Asistencia y representación
 - 3.4. El derecho de información
 - 3.5. Deliberación y adopción de acuerdos
- 4. Impugnación de acuerdos sociales
 - 4.1. Acuerdos impugnables
- 4.2. Plazos de caducidad de la acción de impugnación
- 4.3. Legitimación activa y pasiva para impugnar
- 4.4. Procedimiento de impugnación

- 5. Órgano de Administración
 - 5.1. Estructura del Órgano de Administración
 - 5.2. Nombramiento de los administradores
 - 5.3. Capacidad y prohibiciones
 - 5.4. Duración
 - 5.5. Retribución
 - 5.6. Deberes de los administradores
 - 5.6.1. Deberes fiduciarios
 - 5.6.1.1. Deber de diligencia
 - 5.6.1.2. Deber de lealtad
 - 5.6.1.3. Deber de secreto
 - 5.6.1.4. Deber de abstención
 - 5.6.2. Deberes legales
 - 5.6.2.1. Deber de convocatoria de la Junta General
 - 5.6.2.2. Deber de solicitud de la disolución judicial
 - 5.6.2.3. Deber de solicitud del concurso
 - 5.7. Responsabilidad
 - 5.7.1. Presupuestos de la responsabilidad
 - 5.7.2. Responsabilidad solidaria y causas de exoneración de la responsabilidad

5.7.3. Acciones societarias de responsabilidad de administradores. Especial referencia a la situación de concurso de la sociedad	
5.7.3.1. Acción social	
5.7.3.2. Acción individual por daños	
5.7.3.3. Acción de responsabilidad por deudas de la sociedad	
6. Consejo de Administración	
6.1. Composición del Consejo de Administración	
6.2. Designación de Consejeros. Sistemas de representación proporcional y de cooptación de las sociedades anónimas	
6.3. Organización y funcionamiento	
6.4. Impugnación de Acuerdos	
6.5. Delegación de facultades	
7. Gobierno Corporativo: El «Buen Gobierno» de las sociedades	
Caso práctico	
Bibliografía	

1. EXPRESIÓN ORGÁNICA DE LA VOLUNTAD DE LA PERSONA JURÍDICA

1.1. JUNTA GENERAL Y ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN

Las sociedades de capital, como entidades jurídicas dotadas de personalidad, responden a un modelo de organización corporativa que tiene como pilares fundamentales dos órganos: por una parte, la *Junta General*, como órgano soberano de formación, expresión y control de la voluntad social, y, por otra parte, el *Órgano de Administración*, como órgano encargado de gestionar y representar a la sociedad, encontrándose éste último supeditado a las decisiones de la *Junta General*.

Con carácter previo a analizar la *Junta General* y el *Órgano de Administración* de las sociedades de capital, debemos advertir que cuando nos refiramos a las sociedades anónimas, estaremos analizando el régimen de las *sociedades anónimas no cotizadas*. Las *sociedades anónimas cotizadas* estudiadas en el Tema 2 están sujetas a una serie de especialidades reguladas en el Título XIV de la Ley de Sociedades de Capital (arts. 494 a 539) y estarán obligadas a disponer de una página web corporativa (art. 11 *bis* Real Decreto ley 9/2012), si bien, en lo que no esté previsto en dicho Título se regirán por las disposiciones aplicables a las sociedades anónimas en general, que serán estudiadas en este Tema, y por las demás normas que les sean de aplicación.

Las sociedades de capital necesitan valerse de órganos para el despliegue de su actividad interna y externa. A la *Junta General* corresponde la toma de decisión en los asuntos más importantes para la sociedad, no sólo la designación del *Órgano de Administración*, sino también su control, ya que ante ella los administradores han de rendir cuentas. La LSC dedica su Título V a la *Junta General*.

La Junta General es un órgano *necesario*, de funcionamiento *discontinuo* (es decir, no permanente, ya que, en general, sólo se reúne si es previamente convocada), e *irresponsable* de la gestión de la sociedad (ya que la gestión de la sociedad corresponde con carácter exclusivo al Órgano de Administración, como veremos). En Junta General los accionistas o socios acuerdan la política social. Sus decisiones obligan tanto a los administradores como a los accionistas, aunque votaran en contra o estuvieron ausentes. Por tanto, se puede hablar de la existencia de una voluntad social diferente de la voluntad de cada uno de los socios. La Junta General es por su propia naturaleza un órgano *cambiante* (ya que las acciones son, por esencia, transmisibles), y *no permanente* (puesto que sólo se reúne esporádicamente). Por ello, no resulta el órgano idóneo para administrar y controlar la gestión de la empresa. Por ello, se exige que además de la Junta General exista un Órgano de Administración con el objeto de administrar el patrimonio de la sociedad y determinar la política empresarial que ésta ha de seguir.

Por su parte, el *Órgano de Administración* es un órgano de carácter *necesario* (al igual que la Junta General), *permanente* (no esporádico como la Junta), de *actuación interna y externa*, a diferencia de la Junta que es meramente interna; y responsable de la gestión de la sociedad.

Podemos decir que el Órgano de Administración ejerce tres tipos de competencias principales: *gobierno, gestión y representación* de la sociedad. La LSC dedica su Título VI a la Administración de la sociedad.

Existen diferentes tipos de Órganos de Administración: (i) un administrador único; (ii) dos o más administradores que actúen individualmente (administradores solidarios); (iii) dos administradores que actúen conjuntamente (administradores mancomunados), o (iv) un Consejo de Administración (integrado por un mínimo de tres miembros, ya que siempre que existan más de dos administradores con facultades mancomunadas será obligatorio que se establezca un Consejo).

El Consejo de Administración es la forma más común de administración de las sociedades de capital. La gran ventaja del Consejo es que es un órgano en el que pueden estar representados diversos socios, participando, por tanto, en la administración de la sociedad.

1.2. COMPETENCIAS Y CONFLICTOS INTER-ORGÁNICOS

La *Junta General* tiene *competencia exclusiva* para deliberar y adoptar acuerdos sobre los siguientes asuntos (art. 160 LSC): (i) la aprobación de las cuentas anuales, la aplicación del resultado y la aprobación de la gestión social; (ii) el nombramiento y separación de los administradores, de los liquidadores y, en su caso, de los auditores de cuentas, así como el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra cualquiera de ellos; (iii) la modificación de los estatutos sociales; (iv) el aumento y la reducción del capital social; (v) la supresión o limitación del derecho de suscripción preferente y de asunción preferente; (vi) la transformación, la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero; (vii) la disolución de la sociedad; (viii) la aprobación del balance final de liquidación; (ix) la toma de decisiones propias del Órgano de Administración en las que la

Ley presume que los administradores están afectados por un conflicto de interés que les impiden llevar a cabo decisiones propias del Órgano de Administración; (x) creación de la *página web* de la sociedad, que deberá constar expresamente en el Orden del día, si bien su

modificación será competencia del Órgano de administración y no de la Junta (art. 11 *ter* LSC, introducido por el Real Decreto ley 9/2012, de 16 de marzo) y (xi) cualesquiera otros asuntos que determinen la Ley o los estatutos.

Por otra parte, será *competencia* del *Órgano de Administración*: (i) el gobierno; (ii) la gestión; y (iii) la representación de la sociedad (art. 209 LSC). En lo que respecta a la primera de las funciones, cabe destacar que el *gobierno* de la sociedad conlleva funciones estratégicas y de control de la sociedad, como por ejemplo, la designación y destitución de altos directivos, la aprobación de planes estratégicos y de las operaciones más relevantes de la sociedad, la valoración periódica de la gestión realizada por los directivos, etc. Aunque la función de gobierno no aparece expresamente prevista en el art. 209 LSC, la misma se encuentra implícitamente reconocida en el deber de diligencia del art. 225 LSC.

La función de *gestión* de la sociedad implica que el Órgano de Administración tiene atribuida la gestión ordinaria de la sociedad, al disponer que el ámbito de representación se extiende a todos los actos comprendidos en el objeto social. Los actos no previstos en el objeto social no podrán ser llevados a cabo por los administradores sin el previo acuerdo de la Junta o una expresa atribución estatutaria. No obstante lo anterior, en las sociedades de responsabilidad limitada, y salvo disposición en contra prevista en los estatutos, la Junta General podrá impartir instrucciones al Órgano de Administración o someter a autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión. Entre las decisiones propias de la gestión de la sociedad cabe destacar las siguientes: la formulación de las cuentas anuales de la sociedad, y la propuesta de distribución del resultado, que posteriormente tendrá que ser aprobado por la Junta General; negociar, formalizar, modificar, y ejecutar toda clase de actos y contratos, compra-venta, arrendamiento, etc.; administrar los bienes de la sociedad, constituir, aceptar, subrogar y cancelar hipotecas, prendas, suscribir contratos de seguros, dar y obtener préstamos, etc.; facultades bancarias, tales como abrir, seguir y cancelar cuentas corrientes y de crédito, etc.); cobros y pagos; y facultades de gestión laboral, como la contratación de personal, fijación de sueldos, condiciones de trabajo, horario, etc.

Por último, la función de *representación* del Órgano de Administración se caracteriza por tener un origen legal (art. 209 y 223 LSC), por lo que no puede ser modificada ni por los estatutos ni por acuerdo de la Junta. Cabe destacar que la Junta no tiene facultades de representación, la función de representación es exclusiva del Órgano de Administración (art. 233 LSC). La atribución del poder de representación se regirá por las siguientes reglas: (i) en el caso de administrador único, el poder de representación corresponderá necesariamente a éste; (ii) en el caso de varios administradores solidarios, el poder de representación corresponde a cada administrador, sin perjuicio de las disposiciones estatutarias o de los acuerdos de la junta sobre distribución de facultades, que tendrán un alcance meramente interno, (iii) en el caso de dos administradores conjuntos o mancomunados, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente en la forma determinada en los estatutos; y (iv) en el caso de Consejo de Administración, el poder de representación corresponde al propio consejo, que actuará colegiadamente. No obstante, los estatutos podrán atribuir el poder de representación a uno o varios miembros del consejo a título individual o conjunto (art. 233.2 LSC), todo ello sin perjuicio de la delegación de facultades del Consejo, a la que nos referiremos más adelante.

Por su parte, entre las competencias de la Junta General se encuentra la toma de decisiones propias del Órgano de Administración en las que la Ley presume que los administradores están afectados por un *conflicto de interés* que les impiden llevar a cabo decisiones propias del Órgano de Administración y, por tanto, se exige que sean los accionistas o los socios los que autoricen esas operaciones, entre las que se encuentran, por ejemplo, la adquisición por la sociedad anónima de sus propias acciones y las adquisiciones de bienes que excedan de la décima parte del capital social durante los dos primeros ejercicios de la sociedad.

El conflicto de interés aparece regulado en el art. 229 LSC. En dicho precepto se establece el procedimiento a seguir por los administradores en caso de que se encuentren ante una situación de conflicto de interés. En tal caso, los administradores deberán comunicar al Consejo de Administración y, en su defecto, a los otros administradores o, en caso de administrador único, a la Junta General, cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que pudieran tener con el interés de la sociedad. El administrador afectado se abstendrá de intervenir en los acuerdos o decisiones relativos a la operación a que el conflicto se refiera. Los administradores deberán, asimismo, comunicar la participación directa o indirecta que, tanto ellos como las personas vinculadas a que se refiere el artículo 231 LSC, tuvieran en el capital de una sociedad con el mismo, análogo o complementario género de actividad al que constituya el objeto social, y comunicarán igualmente los cargos o las funciones que en ella ejerzan.

Los conflictos de interés en el caso concreto de las sociedades de responsabilidad limitada aparecen regulados en el art. 190 LSC, el cual dispone que, en este tipo de sociedades, el socio no podrá ejercer el derecho de voto correspondiente a sus participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo que le autorice a transmitir participaciones de las que sea titular, que le excluya de la sociedad, que le libere de una obligación o le conceda un derecho, o por el que la sociedad decida anticiparle fondos, concederle créditos o préstamos, prestar garantías en su favor o facilitarle asistencia financiera, así como cuando, siendo administrador, el acuerdo se refiera a la dispensa de la prohibición de competencia o al establecimiento con la sociedad de una relación de prestación de cualquier tipo de obras o servicios. Las participaciones sociales del socio que se encuentre en alguna de las situaciones de conflicto de intereses contempladas anteriormente se deducirán del capital social para el cómputo de la mayoría de votos que en cada caso sea necesaria.

2. TIPOS DE JUNTA

2.1. JUNTA GENERAL ORDINARIA Y EXTRAORDINARIA

Dispone la LSC que los socios, reunidos en Junta General, decidirán por la mayoría legal o estatutariamente establecida, en los asuntos propios de la competencia de la Junta, quedando todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, sometidos a los acuerdos de la Junta General (art. 159 LSC). El art. 163 LSC clasifica las Juntas Generales de las sociedades de capital en ordinarias y extraordinarias.

2.1.1. Junta General ordinaria

La Junta General ordinaria es aquella que debe celebrarse por obligación legal y con carácter periódico. Se trata de una Junta de celebración imperativa una vez al año. El artículo 164 LSC obliga a las sociedades de capital a celebrar los seis primeros meses de cada ejercicio una Junta General ordinaria, previamente convocada al efecto, para censurar la gestión que han realizado los administradores, es decir, para aprobar la gestión social; y para aprobar las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado. Este tipo de Junta será válida aunque haya sido convocada o se celebre fuera de plazo. El resto de Juntas que no tengan este carácter periódico anual tendrán la consideración de extraordinarias.

2.1.2. Junta General extraordinaria

La Junta General extraordinaria es aquella que puede ser convocada por iniciativa de la sociedad o de los socios. A diferencia de la Junta General ordinaria, ésta podrá ser celebrada en cualquier momento, tanto si es para tratar asuntos de gran importancia para la sociedad como cualquier otro asunto que convenga al interés social.

Se puede celebrar Junta extraordinaria siempre que los administradores lo estimen apropiado. En estos casos, los administradores fijaran el Orden del día y, a través de él, los asuntos sobre los que los socios o accionistas deben decidir.

Tanto las Juntas Generales ordinarias como las extraordinarias pueden decidir sobre cualquier asunto de su competencia. La denominación de Junta General extraordinaria no debe confundirnos, ya que la distinción entre una y otra no afecta a los poderes especiales de la Junta, en el sentido de que en la extraordinaria pueden tratarse asuntos más importantes como emisión de obligaciones, aumento de capital, etc. En modo alguno, en ambos tipos de Juntas puede tratarse cualquier asunto, también en la Junta General ordinaria si previamente se hace constar claramente en el Orden del día de la convocatoria los asuntos que ha de tratar la Junta.

2.2. JUNTA GENERAL Y ESPECIAL

Por regla general, todos los accionistas o socios presentes en la Junta General decidirán en la misma por mayoría respecto a aquellos acuerdos contenidos en el Orden del día. Excepto en aquellos supuestos en los que exista una excepción que haga necesaria la constitución de una Junta Especial. Este es, por ejemplo, el caso previsto en el art. 293 LSC que regula la tutela colectiva de los derechos de los titulares de clases de acciones en la sociedad anónima. Otros supuestos que requieren Junta Especial y, por tanto, votación separada, son: el caso de reducción de capital que implique amortización de acciones mediante reembolso a los accionistas en los términos previstos en el art. 329 LSC, y en el caso de fusión de sociedades que determine una modificación estatutaria que lesione directa o indirectamente los derechos de determinados socios o accionistas.

2.3. JUNTA UNIVERSAL

Otra clasificación importante de los tipos de Junta es la que diferencia la Junta General con convocatoria y la *Junta Universal*. La Junta Universal se entenderá válidamente constituida sin necesidad de convocatoria previa cuando esté presente o representado todo el capital social, siendo igualmente necesario que los asistentes decidan por unanimidad constituirse en Junta General Universal.

El resto de Juntas que no tengan el carácter de universal deberán ser previamente convocadas. Dispone el art. 178 LSC que la Junta General quedará válidamente constituida para tratar cualquier asunto, sin necesidad de previa convocatoria, siempre que esté presente o representada la totalidad del capital social y los concurrentes acepten por unanimidad la celebración de la reunión. Este tipo de Junta podrá reunirse en cualquier lugar del territorio nacional o del extranjero.

Por tanto, cabe distinguir entre la Junta que ha sido previamente convocada, conforme a las normas que serán analizadas a continuación, y la Junta Universal, respecto a la cual no es necesaria su convocatoria por estar presente o representado todo el capital social, siendo posible, en tal caso, tratar cualquier asunto.

3. JUNTA GENERAL

3.1. CONVOCATORIA DE LA JUNTA

La convocatoria es un requisito indispensable para la constitución de la Junta, excepto en los casos de Junta Universal, tal y como fue analizado anteriormente.

Corresponde al Órgano de Administración la convocatoria de la Junta o, en su caso, al liquidador de la sociedad (art. 166 LSC). Los administradores tienen la obligación de convocar la Junta General siempre que lo consideren necesario o conveniente para los intereses sociales, y en todo caso, en las fechas o periodos que determinen la Ley y los estatutos (art. 167 LSC). En caso contrario, incurrirán en responsabilidad. Además, los administradores deberán convocar la Junta General cuando lo soliciten uno o varios socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social. En este caso, la Junta General deberá ser convocada para su celebración dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que se hubiere requerido notarialmente a los administradores para convocarla, debiendo incluirse necesariamente en el Orden del día los asuntos que hubiesen sido objeto de solicitud. Es posible, como vimos, que los intereses de los socios y los administradores entren en conflicto. Es por ello que se permite que los socios que sean titulares de, al menos, un cinco por ciento del capital social, exijan a los administradores la convocatoria de la Junta. En este caso, la Junta General deberá ser convocada para su celebración dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que se hubiere requerido notarialmente a los administradores para convocarla, debiendo incluirse necesariamente en el Orden del día los asuntos que hubiesen sido objeto de solicitud (art. 168 LSC).

En el supuesto de que los administradores no cumplieran con su obligación de convocar la Junta dentro del plazo legal correspondiente o establecido en los estatutos, o bien no

atendieran oportunamente la solicitud de convocatoria de la Junta General efectuada por la minoría, dispone el art. 169 LSC que cualquier socio podrá solicitar la convocatoria judicial de la Junta al Juez de lo Mercantil del domicilio social, previa audiencia de los administradores. Nos encontraremos en este caso ante una *convocatoria judicial*, regulada en el art. 170 LSC.

Los requisitos de la convocatoria de la Junta adquieren una elevada importancia ya que, en caso de que no se cumplan no se entenderá válidamente constituida la Junta y que por lo tanto los acuerdos adoptados no serán válidos. La convocatoria y el Orden del día de la Junta deberán ser aprobados por el Órgano de Administración, que deberá aprobar un acuerdo en este sentido, excepto en los casos de convocatoria judicial previstos en el art. 169 LSC, antes referido.

La convocatoria de la Junta deberá hacerse siguiendo los requisitos formales previstos en la LSC (modificada recientemente por la Ley 25/2011, de 1 de agosto), regulando la forma de la convocatoria para sociedades no cotizadas en su artículo 173 y para sociedades cotizadas en el art. 516 LSC respecto a éstas últimas la reforma ha sido especialmente significativa por lo que aconsejamos la lectura de los artículos 516 y siguientes LSC). En el caso de sociedades no cotizadas la convocatoria deberá realizarse mediante anuncio publicado en el BORME y en la página web de la sociedad con carácter voluntario y adicional a esta última o cuando la sociedad no tenga página web, la convocatoria se publicará en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social con, al menos, un mes de antelación a la fecha fijada para la celebración de la Junta para las sociedades anónimas y quince días para las sociedades de responsabilidad limitada (arts. 173 y 176 LSC).

Con formato: Español (España)

Por tanto, a falta de disposición estatutaria al respecto, en las sociedades no cotizadas se mantiene la convocatoria en el BORME y en página web, más en un diario si no hay página web o voluntariamente se puede publicar con carácter adicional. Si las acciones son nominativas los estatutos pueden prever un procedimiento de comunicación individual que asegure la recepción, como antes se preveía para las sociedades limitadas, si bien será necesario que se modifiquen los estatutos si se quiere seguir este sistema. Por su parte, si las acciones son al portador, la convocatoria deberá realizarse, al menos, mediante publicación en el BORME. El anuncio de la convocatoria de la Junta deberá tener como mínimo el siguiente contenido: nombre de la sociedad, la fecha y hora de la reunión, el orden del día, en el que figurarán los asuntos a tratar, y el cargo de la persona o personas que realicen la convocatoria (art. 174 LSC).

La regla general es que la Junta General no puede adoptar acuerdos que no estuvieran incluidos en el Orden del día previamente fijado por los administradores. No obstante, el art. 172 LSC permite a los accionistas que representen, al menos, un cinco por ciento del capital social exigir a los administradores que incluyan un determinado asunto adicional en el Orden del día, en caso de no hacerlo la Junta será nula en su totalidad. Para la adopción de determinados acuerdos relativos normalmente a modificaciones estructurales, y a los que nos referiremos en el capítulo siguiente, la Ley de modificaciones estructurales exige que en el anuncio de la convocatoria de la Junta en la que se vayan a aprobar dichas modificaciones se contengan unas menciones específicas como, por ejemplo, el derecho de los asistentes a la Junta a obtener el texto íntegro del acuerdo y del balance de fusión o escisión, entre otras posibles menciones necesarias que varían en función del acuerdo que se vaya a adoptar en la

Junta.

-

3.2. CONSTITUCIÓN, CELEBRACIÓN Y COMPOSICIÓN DE LA JUNTA

La Ley pretende evitar que las decisiones de la sociedad sean tomadas por un grupo reducido de accionistas o socios, por lo que exige la asistencia de accionistas o socios que representen determinadas cuotas de capital social para que sea válidamente constituida la Junta. Es por ello que se establece un sistema de doble convocatoria, variando los *quórum de asistencia* en función de si nos encontramos en primera o en segunda convocatoria; en función del tipo de asunto que se va a tratar en dicha Junta; y en función del tipo de sociedad de que se trate.

En la sociedad anónima los *quórum de constitución* son los siguientes: (i) en primera convocatoria se exige el veinticinco por ciento del capital social para los *acuerdos ordinarios* y el cincuenta por ciento para los *acuerdos extraordinarios* regulados en el artículo 194 LSC (aumento o la reducción del capital o cualquier otra modificación de los estatutos sociales, emisión de obligaciones, supresión o limitación del derecho de adquisición preferente de nuevas acciones, así como la transformación, fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero); (ii) mientras que en segunda convocatoria no se exige ningún quórum para los acuerdos ordinarios y el veinticinco por ciento del capital social para los acuerdos extraordinarios. Únicamente se entenderá válidamente constituida y, por tanto, podrá celebrarse la Junta General cuando asistan, presentes o representados, estos porcentajes de capital. Además, los estatutos sociales podrán elevar los quórum previstos anteriormente para los acuerdos extraordinarios.

En la sociedad limitada el sistema de formación de la voluntad social es parcialmente distinto ya que no se establece ningún quórum de constitución ni existe un sistema de doble convocatoria de la Junta, sino que lo que se establece es un porcentaje mínimo de voto a favor de los acuerdos referido al capital social total. Con este sistema distinto al de las sociedades anónimas lo que se fija indirectamente es un mínimo de concurrencia a la Junta para que puedan adoptarse acuerdos. Efectivamente, únicamente podrá adoptarse un acuerdo cuando asistan a la Junta, al menos, socios que sean titulares de participaciones que atribuyen el número de votos exigidos por la Ley para adoptar el acuerdo de que se trate. En caso contrario, no se entenderá válidamente constituida la Junta para adoptar un determinado acuerdo ya que, en ningún caso, será posible alcanzar las mayorías de votos exigidas para su adopción.

En lo que respecta al *lugar de celebración*, la Ley exige que la Junta General se celebre en el término municipal donde se encuentre el domicilio social, a excepción de la Junta Universal que puede celebrarse en un lugar distinto, al igual que sucede en el caso de las sociedades cotizadas.

La Junta General será presidida por la persona que esté prevista en los estatutos sociales, en ausencia de mención expresa, por el Presidente del Consejo de Administración y, a falta de éste, por el socio o accionista elegido por los asistentes. El Presidente de la Junta estará asistido por el Secretario en la mesa de la Junta (art. 191 LSC). Entre las funciones del *Presidente de la Junta* cabe destacar las siguientes: elaborar la lista de asistentes y determinar la validez de la representación de los socios; declarar la válida constitución de la Junta

General; dirigir las reuniones otorgando y retirando la palabra, ordenar la votación y proclamar el resultado; y, por último, tutelar el derecho de información. En lo que respecta a las funciones del *Secretario de la Junta* podemos destacar la de asistir al Presidente de la Junta y redactar las actas.

3.3. ASISTENCIA Y REPRESENTACIÓN

Todos los socios y accionistas tienen *derecho de asistencia* a la Junta. La asistencia por los socios o accionistas a la Junta puede ser física o, si los estatutos lo permiten, telemática, siempre que sea posible garantizar la identidad del socio o accionista. Piénsese en la utilidad de esta posibilidad en las sociedades cotizadas en las que los socios o accionistas pueden ser muy dispares y residir en distintas partes del mundo.

Entre las obligaciones de los administradores a las que nos referiremos más adelante, se encuentra la de asistir a las Juntas Generales (arts. 180 LSC), aunque la Junta se entenderá válidamente celebrada en el supuesto de que no acudan a la Junta. Además, los estatutos pueden prever que asistan otras personas a la Junta además de los socios o accionistas en determinados supuestos, lo que requerirá autorización del Presidente, que podrá ser revocada por la Junta (art. 181 LSC).

La posibilidad de *asistencia telemática* a la Junta aparece expresamente prevista y regulada en el art. 182 LSC para sociedades anónimas. Además de las formalidades anteriormente analizadas para la convocatoria de cualquier Junta, en este caso será necesario, a su vez, que en la convocatoria se describirán los plazos, formas y modos de ejercicio de los derechos de los accionistas previstos por los administradores para permitir el ordenado desarrollo de la Junta. En particular, los administradores podrán determinar que las intervenciones y propuestas de acuerdos que tengan intención de formular quienes vayan a asistir por medios telemáticos, se remitan a la sociedad con anterioridad al momento de la constitución de la Junta. Las respuestas a los accionistas que ejerciten su derecho de información durante la Junta se producirán por escrito durante los siete días siguientes a la finalización de la Junta.

Los *quórum* de asistencia anteriormente estudiados que la Ley exige para que se entienda válidamente constituida la Junta se refieren exclusivamente a las sociedades anónimas. En las sociedades de responsabilidad limitada, a diferencia de lo que sí está permitido para las sociedades anónimas, no es posible que se exija en los estatutos un número mínimo de participaciones para asistir a la Junta, lo que es congruente con el carácter cerrado de este tipo de sociedades (art. 179.1 LSC).

La LSC recoge las *especialidades* en el ejercicio de los derechos de asistencia y voto en las sociedades anónimas, siendo éstas las siguientes: (i) para el ejercicio del derecho de asistencia a las Juntas y el de voto será lícita la agrupación de acciones; (ii) de conformidad con lo que se disponga en los estatutos, el voto de las propuestas sobre puntos comprendidos en el Orden del día de cualquier clase de Junta General podrá delegarse o ejercitarse por el accionista mediante correspondencia postal, electrónica o cualquier otro medio de comunicación a distancia, siempre que se garantice debidamente la identidad del sujeto que ejerce su derecho de voto; y (iii) los accionistas que emitan sus votos a distancia deberán ser tenidos en cuenta a efectos de constitución de la Junta como presentes (art. 189 LSC).

Además del derecho de asistencia a la Junta, cada socio dispone de *derecho de voto*. En la sociedad de responsabilidad limitada cada participación social concede a su titular el derecho a emitir un voto, salvo disposición contraria de los estatutos sociales (art. 188.1 LSC). Por el contrario, en la sociedad anónima, la LSC prevé expresamente que no será válida la creación de acciones que de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto. La LEY prevé también que en los estatutos se exija un número mínimo de acciones para poder asistir a la Junta o también que se limite el número de votos que puede emitir un mismo accionista (art. 188.2 y 188.3 LSC).

El socio tiene derecho a asistir a la Junta personalmente o por medio de un representante, lo que se conoce como *derecho de representación*. El representante podrá ser otro socio o accionista o un tercero ajeno a la sociedad, salvo que los estatutos lo prohíban (arts. 183.2 LSC y 184.1 LSC), pero será necesario que la representación se confiera por escrito o por medios de comunicación a distancia que cumplan con los requisitos establecidos en la Ley para el ejercicio del derecho de voto a distancia y con carácter especial para cada Junta. El derecho de representación voluntaria en la Junta General para las sociedades anónimas aparece regulado en los artículos 184 y siguientes LSC en el que se prevé que todo accionista que tenga derecho de asistencia podrá hacerse representar en la Junta General por medio de otra persona, aunque ésta no sea accionista. En las sociedades anónimas y, muy especialmente en las cotizadas, es frecuente que los propios administradores o las entidades depositarias de acciones (normalmente entidades bancarias) soliciten la representación de las acciones. Para evitar situaciones de abuso o contrarias a la Ley, esta práctica habitual permitida por la Ley está, no obstante, rodeada de determinadas cautelas recogidas en el art. 186 LSC.

En las sociedades anónimas en el caso de que los propios administradores, las entidades depositarias de los títulos o las encargadas del registro de anotaciones en cuenta soliciten la representación para sí o para otro y, en general, siempre que la solicitud se formule de forma pública, el documento en que conste el poder deberá contener o llevar anejo el Orden del día, así como la solicitud de instrucciones para el ejercicio del derecho de voto y la indicación del sentido en que votará el representante en caso que no se impartan instrucciones precisas. Por excepción a lo anterior, el representante podrá votar en sentido distinto cuando se presenten circunstancias ignoradas en el momento del envío de las instrucciones y se corra el riesgo de perjudicar los intereses del representado. En caso de voto emitido en sentido distinto a las instrucciones, el representante deberá informar inmediatamente al representado, por medio de escrito en que explique las razones del voto. Se entenderá que ha habido solicitud pública de representación cuando una misma persona ostente la representación de más de tres accionistas.

Por su parte, el art. 183 LSC regula el derecho de representación para las sociedades de responsabilidad limitada, según el cual el socio sólo podrá hacerse representar en la Junta General por su cónyuge, ascendiente o descendiente, por otro socio o por persona que ostente poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tuviere en territorio nacional. La representación comprenderá la totalidad de las participaciones de que sea titular el socio representado. La representación es siempre revocable, teniendo valor de revocación la asistencia personal a la Junta del representado (art. 185 LSC).

3.4. EL DERECHO DE INFORMACIÓN

En las sociedades anónimas los accionistas podrán solicitar de los administradores toda la información o aclaraciones que estimen precisas sobre los asuntos comprendidos en el Orden del día e incluso podrán formular por escrito las preguntas que estimen pertinentes hasta el séptimo día anterior al previsto para la celebración de la Junta. Los administradores estarán obligados a facilitar la información. En las *sociedades cotizadas* el derecho de información de los accionistas es más amplio, pues incluye no sólo la información relativa a los asuntos comprendidos en el Orden del día, sino también toda aquella información pública de la sociedad (ver, a modo de ejemplo, el art. 518 LSC y las especialidades que para los accionistas de sociedades cotizadas recoge el art. 520 LSCE, en la redacción dada por la Ley 25/2011, de 1 de agosto).

Durante la celebración de la Junta General, los accionistas de la sociedad podrán solicitar verbalmente las informaciones o aclaraciones que consideren convenientes acerca de los asuntos comprendidos en el Orden del día y, en caso de no ser posible satisfacer el derecho del accionista en ese momento, los administradores estarán obligados a facilitar esa información por escrito dentro de los siete días siguientes al de la terminación de la Junta. Los administradores únicamente no estarán obligados a facilitar la información solicitada en los supuestos anteriormente indicados en aquellos casos en que, a juicio del Presidente, la publicidad de la información solicitada perjudique el interés social. Sin embargo, no procederá la denegación de información cuando la solicitud esté apoyada por accionistas que representen, al menos, el veinticinco por ciento del capital social, pudiendo los estatutos fijar un porcentaje menor, siempre que sea superior al cinco por ciento del capital social (art. 197 LSC, según redacción dada por la Ley 25/2011, de 1 de agosto).

El derecho de información en la sociedad de responsabilidad limitada aparece regulado en similares términos en el art. 196 LSC, si bien desaparece la posibilidad de fijar en los estatutos un porcentaje menor al veinticinco por ciento para formular la solicitud de información por los socios si ésta es perjudicial para el interés social.

3.5. DELIBERACIÓN Y ADOPCIÓN DE ACUERDOS

La *deliberación* de los puntos del Orden del día es dirigida y moderada por el Presidente de la Junta. Para cada punto del Orden del día se propone un acuerdo que es sometido a discusión y posterior votación. Los accionistas pueden solicitar que sus intervenciones o su oposición al acuerdo adoptado sean expresamente reflejadas en el acta de la Junta, tal y como permite el art. 97.1.5ª RRM. Las facultades de la Junta son esencialmente decisorias.

La *adopción de acuerdos* se realizará conforme a principios mayoritarios, en el sentido de participación en el capital. A cada acción o participación social le corresponde un voto, salvo disposición contraria en los estatutos. Con carácter general, salvo las excepciones indicadas, podrá reforzarse las mayorías necesarias para adoptar acuerdos, sin que pueda exigirse la unanimidad. La Junta adopta acuerdos por mayoría de votos y sus decisiones reflejan la voluntad social, por tanto, podemos entender que los votos son declaraciones unilaterales de voluntad de cada uno de los accionistas o socios de la sociedad y, como tales, tienen que ser emitidos libremente y dicha voluntad no puede estar viciada (por dolo, error, violencia,

intimidación, etc.).

En la sociedad anónima, una vez constituida la Junta, los acuerdos se adoptarán por mayoría ordinaria de votos que concurren con independencia de la participación accionarial que representen. Para la adopción de los acuerdos extraordinarios a los se refiere el artículo 194 LSC, a los que nos hemos referido anteriormente, se exige un régimen reforzado, esto es, el voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado en la Junta cuando en segunda convocatoria concurren accionistas que representen el veinticinco por ciento o más del capital suscrito con derecho de voto sin alcanzar el cincuenta por ciento. Los estatutos podrán elevar las mayorías previstas en la LEY (art. 201 LSC).

Por otro lado, en la sociedad limitada, la Ley exige para la adopción de acuerdos el voto favorable correspondiente a las participaciones sociales en que se divida el capital social (cada participación un voto), variando las mayorías exigidas por la Ley en función del tipo de acuerdo que se pretende adoptar. El artículo 198 LSC prevé una mayoría ordinaria de votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social, teniendo en cuenta que no se computarán los votos en blanco. En concreto, se exigirá la mayoría legal mínima de un tercio para la aprobación de los siguientes acuerdos: (i) la aprobación de las cuentas anuales de la sociedad y el reparto del dividendo, en su caso; (ii) la censura de la gestión del Órgano de Administración; (iii) el nombramiento y cese de los miembros del Órgano de Administración, la Junta General podrá cesar a los administradores aun cuando la separación no conste en el Orden del día, si bien en este último caso, no se puede exigir una mayoría superior a los dos tercios para adoptar el acuerdo.

El artículo 199 LSC exige una mayoría legal reforzada (la mitad más uno de los votos) para la adopción de los acuerdos relativos al aumento o la reducción del capital y cualquier otra modificación de los estatutos sociales. Por su parte, se exigirá una mayoría de dos tercios para adoptar acuerdos relativos a: fusión, escisión y transformación de la sociedad, exclusión de socios y la autorización a los administradores para el ejercicio, por cuenta propia o ajena, del mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social. También se prevé la posibilidad de romper estatutariamente la proporcionalidad entre capital y derecho de voto, de modo que cabe crear participaciones de «voto múltiple». Cabe igualmente reseñar la posibilidad prevista en el art. 200 LSC de exigir una mayoría estatutaria reforzada para todos o algunos asuntos determinados, los estatutos podrán exigir un porcentaje de votos favorables superior al establecido por la Ley, sin llegar a la unanimidad.

Finalmente, cabe destacar de las sociedades de responsabilidad limitada, que sus socios tienen un deber de abstención en los supuestos en que exista un conflicto de interés en relación con la decisión a adoptar. El deber de abstención de los socios no es un deber general que exija la abstención ante cualquier situación en la que hipotéticamente podrá derivarse un conflicto de interés (*numerus apertus*) sino que la LSC ha optado por enumerar en su artículo 190 aquellos casos en los que exactamente debe el socio de una sociedad limitada abstenerse de votar (*numerus clausus*) siendo estos supuestos los siguientes: en las sociedades de responsabilidad limitada el socio no podrá ejercer el derecho de voto correspondiente a sus participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo que le autorice a transmitir participaciones de las que sea titular, que le excluya de la sociedad, que le libere de una obligación o le conceda un derecho, o por el que la sociedad decida anticiparle fondos, concederle créditos o préstamos;

prestar garantías en su favor o facilitarle asistencia financiera, así como cuando, siendo administrador, el acuerdo se refiera a la dispensa de la prohibición de competencia o al establecimiento con la sociedad de una relación de prestación de cualquier tipo de obras o servicios. Las participaciones sociales del socio que se encuentre en alguna de las situaciones de conflicto de intereses contempladas anteriormente se deducirán del capital social para el cómputo de la mayoría de votos que en cada caso sea necesaria.

Los acuerdos de la Junta deberán constar documentados en el *Acta de la Junta*, que es redactada por el Secretario de la Junta con el visto bueno del Presidente. El Acta de la Junta es un documento de singular importancia para la prueba de los hechos que han ocurrido en ella. El Acta debe ser aprobada por la propia Junta a continuación de la reunión o en el plazo de 15 días por el Presidente y dos interventores, uno de los cuales representará a la mayoría y el otro a la minoría. La falta de aprobación del Acta no significa que los acuerdos de la Junta no sean válidos, sino que dificulta su prueba y la eficacia de los mismos, existiendo una inseguridad respecto a su contenido. Todo ello con independencia de que si se trata de acuerdos inscribibles, no podrán tener acceso al Registro Mercantil ni se podrán expedir certificados de los acuerdos que no consten en actas aprobadas y firmadas o en el acta notarial (art. 109.3 RRM). El contenido del Acta aparece regulado en los artículos 97 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil (RRM) y éstas deberán, a su vez, ser transcritas al *Libro de actas* (arts. 26 CCom y 116 RRM).

Los administradores estarán obligados a convocar a un Notario siempre que, con cinco días de antelación al previsto para la celebración de la junta, lo soliciten socios que representen, al menos, el uno por ciento del capital social en la sociedad anónima o el cinco por ciento en la sociedad de responsabilidad limitada. En este caso, los acuerdos sólo serán eficaces si constan en *Acta notarial*. El Acta notarial no se someterá a trámite de aprobación, tendrá la consideración de Acta de la junta y los acuerdos que consten en ella podrán ejecutarse a partir de la fecha de su cierre. Los honorarios notariales serán de cargo de la sociedad (arts. 203 LSC y 101 RRM).

Para acreditar la existencia de un acuerdo de la Junta es necesario que se expida una *Certificación del acta* por el Secretario del Consejo de Administración con el visto bueno del Presidente, en su defecto, por los administradores de la sociedad (art. 109 RRM), o bien por un Notario convocado al efecto para que levante acta de la Junta General. Cualquier socio, así como las personas que, en su caso, hubiesen asistido a la Junta en representación de los socios no asistentes podrán obtener en cualquier momento certificación de los acuerdos y de las actas de las Juntas Generales. La facultad de certificar los acuerdos de la Junta corresponderá a los administradores, sobre los que pesa el deber de llevar el Libro de actas y, en general, de cuidar la documentación de la sociedad.

Los acuerdos sociales que lo requieran deberán ser inscritos en el Registro Mercantil bien para su plena eficacia o bien para su oponibilidad frente a terceros en los siguientes plazos: (i) el plazo general de 8 días naturales siguientes a la aprobación del acta, mediante testimonio notarial, bajo responsabilidad de los administradores (art. 26 CCom); y (ii) en relación con el acta en el que se acuerda el nombramiento de los administradores, se establece un plazo de 10 días naturales siguientes a la fecha de su aceptación (215 LSC). El incumplimiento de estos plazos no impide la inscripción, sino que sólo originará responsabilidad si el culpable del retraso ha causado daños y perjuicios.

Con formato: Español (España)

4. IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES

La eficacia del acuerdo de la Junta tiene como presupuesto que la voluntad social se haya formado dentro de los cauces de la legalidad. El sometimiento de todos los socios a la voluntad de mayoría decae cuando se produce una declaración judicial que invalida el acuerdo.

4.1. ACUERDOS IMPUGNABLES

La LSC regula que acuerdos son impugnables en su artículo 204.1, siendo éstos los siguientes: (i) los acuerdos de la Junta que sean contrarios a la Ley; (ii) los acuerdos de la Junta que se opongan a los estatutos; (iii) y los que lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.

Los acuerdos contrarios a la Ley son radicalmente *nulos* (art. 204 LSC). Por ejemplo, serán nulos los acuerdos que vulneren derechos esenciales de los accionistas o aquellos que hubieran sido adoptados en una Junta en la que no se hubieran respetados los requisitos exigidos legalmente para que se entienda válidamente constituida, que han sido estudiados anteriormente. Los demás acuerdos a que se refiere el apartado primero del art. 204, es decir, los acuerdos de la Junta que sean contrarios a los estatutos o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros, no serán nulos sino *anulables*.

No será procedente la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro (art. 204.3 LSC).

4.2. PLAZOS DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN

El plazo de caducidad de la acción de impugnación de un acuerdo nulo de la Junta será de *un año*, excepto aquellos acuerdos que por su causa o contenido resultaren contrarios al orden público, mientras que el plazo de la acción de impugnación de un acuerdo anulable caducará a los *cuarenta días*. Estos plazos se computarán desde la fecha de adopción del acuerdo y, si se tratase de un acuerdo inscribible, desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (art. 205 LSC). La caducidad de la acción de impugnación tiene el efecto extraordinario de convalidar los acuerdos impugnables, salvo aquellos que sean contrarios al orden público.

4.3. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA PARA IMPUGNAR

Dispone el art. 206 LSC que para la impugnación de los acuerdos nulos están legitimados todos los socios, los administradores y cualquier tercero que acredite tener interés legítimo para ello. Mientras que para la impugnación de acuerdos anulables están legitimados únicamente los socios asistentes a la Junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al

acuerdo, los ausentes y los que hubiesen sido ilegítimamente privados del voto, así como los administradores (*legitimación activa*).

Las acciones de impugnación deberán dirigirse contra la sociedad. La Ley prevé que los socios que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado podrán intervenir a su costa en el proceso para mantener su validez (*legitimación pasiva*).

4.4. PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACIÓN

Para la impugnación de los acuerdos sociales, se seguirán los trámites del juicio ordinario y las disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 207 LSC y 249.1.3º LEC), siendo competentes los Juzgados de lo Mercantil para conocer de la acción de impugnación de acuerdos, de conformidad con lo previsto en el art. 86 *ter* 2 LOPJ. En el caso de que fuera posible eliminar la causa de impugnación, el Juez de lo Mercantil que conozca de la acción de impugnación, a solicitud de la sociedad demandada, otorgará un plazo razonable para que aquella pueda ser subsanada.

La sentencia firme que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil (art. 208 LSC). A su vez, el Boletín Oficial del Registro Mercantil publicará un extracto de dicha sentencia. En el caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, la sentencia determinará además la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella.

5. ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN

5.1. ESTRUCTURA DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN

Existen dos *sistemas de gobierno corporativo*: *monista* y *dualista*. Con arreglo al sistema dualista, el órgano de dirección asumiría la gestión de la sociedad. El miembro o miembros del órgano de dirección tendrán poder para obligar a la sociedad ante terceros y para representarla ante los tribunales. Sin embargo, con arreglo al sistema monista, será un órgano distinto al de dirección, el Órgano de Administración, el que asumirá la gestión y representación de la sociedad. La Ley de Sociedades de Capital ha optado por un sistema de gobierno monista para la estructura del Órgano de Administración de la sociedad, no siendo posible en derecho español una estructura del Órgano de Administración dualista de tipo germánico, ni siquiera por la vía estatutaria, excepto para el caso de la sociedad anónima europea que se domicilie en España que según nuestra Ley de Sociedades de Capital podrá optar por un sistema de administración monista o dual, y lo hará constar en sus estatutos (arts. 476 a 491 LSC). Por tanto, la estructura corporativa de las sociedades de capital se complementa con el Órgano de Administración que gobierna la sociedad, lleva a cabo su gestión ordinaria y la representa en sus relaciones jurídicas con terceros.

La Ley de Sociedades de Capital no somete al Órgano de Administración a una estructura rígida y predeterminada, sino que permite que no exista Consejo de Administración y que la

Con formato: Español (España)

administración de la sociedad se encomiende a uno o varios administradores. Así lo prevé el art. 210 al regular los diferentes modos posibles de organizar la administración de la sociedad:

i) un *administrador único*: en este caso sus decisiones vincularán a la sociedad, siendo suficiente con su firma para ello;

ii) *administradores solidarios*: varios administradores que actúen de forma solidaria, es decir, que tienen facultades individuales para ejercitar cada uno por sí sólo las competencias propias del Órgano de Administración que funcionaran como varios administradores únicos, de modo que las decisiones de cada uno de ellos por separado vinculará a la sociedad, siendo suficiente con la firma de uno solo de ellos;

iii) *administradores mancomunados*: dos administradores que actúen de forma conjunta, lo que implica que cualquier acto requiere el concurso y acuerdo de todos ellos, en la forma que se prevea en los estatutos;

iv) *Consejo de Administración* (integrado por un mínimo de tres miembros): que actúa de forma colegiada y se caracteriza por adoptar sus decisiones por mayoría. En el caso de la sociedad nueva empresa no es posible constituir un Consejo de Administración (art. 447.1 LSC). Por su parte, en las sociedades anónimas es obligatoria constituir un Consejo de Administración cuando la administración se confíe de forma mancomunada a más de dos personas (art. 210.2 LSC), pero no es necesario en el caso de las sociedades limitadas, que podrán tener un número ilimitado de administradores mancomunados.

Todo acuerdo que altere el modo de organizar la administración de la sociedad, constituya o no modificación de los estatutos sociales, se consignará en escritura pública y se inscribirá en el Registro Mercantil (art. 210.4 LSC). Cuando los estatutos establezcan solamente el número mínimo y el máximo de administradores, corresponderá a la Junta General la determinación del número de administradores, sin más límites que los establecidos por la Ley (art. 211 LSC).

Tanto en las sociedades anónimas como en las sociedades de responsabilidad limitada, los estatutos sociales podrán establecer distintos modos de organizar la administración atribuyendo a la Junta la facultad de optar alternativamente por cualquiera de ellos sin necesidad de modificación estatutaria.

La Ley 25/2011 ha posibilitado que los estatutos de las sociedades anónimas prevean varios órganos alternativos de administración de forma que pasar de uno a otro no exija modificación de estatutos, homogeneizando el régimen con la sociedad limitada. Esta nueva alternativa exigirá una modificación previa de los estatutos ya existentes.

5.2. NOMBRAMIENTO DE LOS ADMINISTRADORES

Los administradores pueden clasificarse en *administradores fundacionales* y *posteriores* en función del momento en el que son nombrados. En el caso de los administradores fundacionales éstos son elegidos por los socios fundadores en el acto constitutivo o por la Junta constituyente en caso de fundación sucesiva y figurar en la escritura fundacional (art. 22.1.e LSC). En el resto de casos, nos encontramos ante administradores posteriores, correspondiendo la competencia para su nombramiento a la Junta sin más excepciones que las establecidas en la Ley. En defecto de disposición estatutaria, la Junta General podrá fijar las

garantías que los administradores deberán prestar o relevarlos de esta prestación (art. 214 LSC). En esta facultad de nombramiento y, como veremos, de destitución de los administradores radica uno de los presupuestos esenciales del carácter soberano de la Junta General dentro de la sociedad.

El nombramiento de los administradores únicamente surtirá efecto desde el momento de su aceptación, si bien una vez aceptado deberá ser inscrito en el Registro Mercantil haciendo constar la identidad de los nombrados y, en relación a los administradores que tengan atribuida la representación de la sociedad, si pueden actuar por sí solos o necesitan hacerlo conjuntamente. La inscripción deberá realizarse dentro de los diez días siguientes a la fecha de la aceptación (arts. 214.3 y 215 LSC). La inscripción no tiene carácter constitutivo, por lo que el nombramiento surtirá plenos efectos frente a la sociedad desde su aceptación. No obstante, frente a terceros los efectos del nombramiento del administrador quedan supeditados a su inscripción en el Registro Mercantil, en virtud del principio de publicidad material registral.

La Ley de Sociedades de Capital también prevé la figura de los *administradores suplentes*, para el caso de que cese por cualquier causa uno o varios de ellos, salvo disposición contraria de los estatutos sociales. El nombramiento y aceptación de los suplentes como administradores se inscribirán en el Registro Mercantil una vez producido el cese del anterior titular. Si los estatutos sociales establecieran un plazo determinado de duración del cargo de administrador, el nombramiento del suplente se entenderá efectuado por el período pendiente de cumplir por la persona cuya vacante se cubra (art. 216 LSC).

5.3. CAPACIDAD Y PROHIBICIONES

Para ser nombrado administrador no se exige ninguna condición especial. En principio, podrá ser nombrado administrador de una sociedad de capital cualquier *persona física o jurídica*, no requiriéndose la condición de socio para ello, salvo disposición contraria de los estatutos (art. 212 LSC). En el caso de que sea administrador una persona jurídica será necesario que ésta designe a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo. La revocación de su representante por la persona jurídica administradora no producirá efecto en tanto no designe a la persona que le sustituya. Esta designación se inscribirá en el Registro Mercantil en los términos previstos en el artículo 215 LSC (art. 212 *bis* LSC introducido por la Ley 25/2011, de 1 de agosto).

Pero la regla general anteriormente referida conoce algunas limitaciones para poder ser administrador, que son las *prohibiciones* previstas en el art. 213 LSC, el cual dispone que: (i) no podrán ser administradores los menores de edad no emancipados, los judicialmente incapacitados, las personas inhabilitadas conforme a la Ley mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso y los condenados por delitos contra la libertad, contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico, contra la seguridad colectiva, contra la Administración de Justicia o por cualquier clase de falsedad, así como aquéllos que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio; y (ii) tampoco podrán ser administradores los funcionarios al servicio de la Administración pública con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de las sociedades de que se trate, los jueces o magistrados y las demás personas afectadas por una incompatibilidad legal.

5.4. DURACIÓN

El cargo de administrador es esencialmente temporal (principio de temporalidad). En las sociedades anónimas se prevé que los administradores ejercerán el cargo durante el plazo que señalen los estatutos sociales, que no podrá exceder de seis años y deberá ser igual para todos ellos, si bien podrán ser reelegidos para el cargo, una o varias veces, por períodos de igual duración máxima (art. 221.2 LSC). De este modo se garantiza que la Junta renovará periódicamente su confianza en quienes ostentan el cargo de administradores de la sociedad.

Por el contrario, en las sociedades de responsabilidad limitada prima la estabilidad y permanencia en el cargo, por lo que la regla general es que los administradores ejercerán su cargo por tiempo indefinido, salvo que los estatutos establezcan un plazo determinado, en cuyo caso podrán ser reelegidos una o más veces por períodos de igual duración (art. 221.1 LSC). La Ley de Sociedades de Capital prevé la posibilidad de que la Junta nombre administradores suplentes, para cubrir las vacantes que pueda sufrir el Órgano de Administración sin necesidad de proceder a un nuevo nombramiento (art. 216 LSC).

Con independencia del tiempo por el que hayan sido nombrados los administradores, éstos podrán ser cesados en cualquier momento por la Junta General, incluso cuando la separación no conste en el Orden del día, en virtud del principio de libre revocabilidad del cargo y del art. 223.1 LSC. En el caso de la sociedad limitada los estatutos podrán exigir para el acuerdo de separación una mayoría reforzada que no podrá ser superior a los dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social. El cese del administrador no tiene por qué estar motivado ni obedecer a una justa causa, nos encontramos, por tanto, ante una revocación «*ad nutum*» del cargo. Este principio de libre revocabilidad o destitución del cargo radica en la relación de confianza que subyace al nombrar al administrador de una sociedad y que puede verse quebrada en cualquier momento. La separación del cargo tampoco tiene por qué devengar un derecho de indemnización alguna a favor del administrador cesado. Los estatutos no pueden limitar el cese de los administradores condicionando los supuestos en los que cabe dicho cese ni tampoco pueden exigir un *quórum* de asistencia o mayoría reforzadas a la Junta para que pueda válidamente acordar el cese de los administradores. La revocación por la Junta del cargo de administrador es válida desde que adopta el correspondiente acuerdo, si bien únicamente surtirá efectos frente a terceros desde su inscripción en el Registro Mercantil. Al margen del principio de libre revocabilidad antes citado, la Ley determina también la remoción forzosa de los administradores que realicen cualquier actividad en competencia con la sociedad o que se encuentren en una situación de conflicto de interés, salvo cuando sean expresamente autorizados por la Junta General (art. 230.1 LSC). En las sociedades anónimas la Junta General está obligada, a petición de cualquier socio, a pronunciarse sobre la remoción del administrador que se encuentre en una de estas situaciones (arts. 224.2 y 230.3 LSC), mientras que en las sociedades de responsabilidad limitada, la Ley va más allá, reconociendo el derecho de cualquier socio a instar la destitución judicial del administrador que realice esas actividades competitivas sin la autorización necesaria (art. 230.2 LSC). Si no se produce antes su revocación, el nombramiento del administrador caducará cuando, vencido el plazo, se haya celebrado Junta General o haya transcurrido el plazo para la celebración de la Junta que ha de resolver sobre la aprobación de las cuentas del ejercicio anterior (art. 222 LSC).

5.5. RETRIBUCIÓN

El cargo de administrador es, en principio, gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan que el cargo sea retribuido y en ellos se determine el sistema de retribución y, en su caso, el procedimiento y las reglas que deban seguirse para su fijación exacta (art. 217 LSC). La retribución que se determine en los estatutos y se apruebe en Junta podrá consistir en una participación en los beneficios de la sociedad, una entrega de acciones en los casos de sociedades anónimas, una cantidad determinada en concepto de sueldo, dietas, etc. que, en principio no estará sujeta a limitación, si bien debemos diferenciar si nos encontramos ante una sociedad anónima o ante una sociedad de responsabilidad limitada, pues el régimen de retribución de administradores será distinto en determinados supuestos que estudiaremos a continuación.

En las sociedades anónimas cuando la retribución consista en una *participación en las ganancias*, solo podrá ser detraída de los beneficios líquidos y después de estar cubiertas las atenciones de la reserva legal y de la estatutaria y de haberse reconocido a los accionistas un dividendo del cuatro por ciento, o el tipo más alto que los estatutos hubieran establecido, es decir, que esta forma de retribución a los administradores estará condicionada al reparto previo de un dividendo mínimo a los accionistas (art. 218.2 LSC). En las sociedades anónimas el sistema de remuneración de los administradores también puede consistir en la entrega de acciones o de derechos de opción sobre las mismas o que esté referenciada al valor de las acciones, conocido como «*stock options*». Por la relevancia y polémica que ha generado este tipo de remuneración, en especial, en las sociedades cotizadas, y con el fin de garantizar un control sobre ella, la Ley exige que se prevea expresamente en los estatutos y su aplicación requiere, además, un acuerdo de la Junta General, que tendrá que contener, al menos, el número de acciones a entregar, el precio de ejercicio de los derechos de opción, el valor de las acciones que se tome como referencia y el plazo de duración de este sistema de retribución (art. 219 LSC). Las sociedades cotizadas también están obligadas a difundir y someter a votación de la Junta General ordinaria un informe anual sobre remuneración de los consejeros, con carácter consultivo, para garantizar la transparencia de las retribuciones percibidas por sus administradores (art. 61 *ter* LMV).

Por su parte, en las sociedades de responsabilidad limitada cuando la retribución tenga como base una *participación en los beneficios*, los estatutos sociales determinarán concretamente la participación o el porcentaje máximo de la misma, que en ningún caso podrá ser superior al diez por ciento de los beneficios repartibles entre los socios (art. 218.1 LSC). En los casos en los que la retribución no tenga como base una participación en los beneficios, la remuneración de los administradores será fijada para cada ejercicio por acuerdo de la Junta General de conformidad con lo previsto en los estatutos (art. 217.2 LSC). Además, debemos tener en cuenta que en las sociedades de responsabilidad limitada el establecimiento o la modificación de cualquier clase de relaciones de prestación de servicios o de obra entre la sociedad y uno o varios de sus administradores requerirán acuerdo de la Junta General (art. 220 LSC), no siendo, por tanto, válido el acuerdo que se adopte a este respecto por el Consejo de Administración puesto que la Ley atribuye la competencia para ello a la Junta General, si bien únicamente para las sociedades de responsabilidad limitada.

5.6. DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES

Podemos diferenciar dos tipos de deberes de los administradores: los *deberes fiduciarios* y los *deberes legales*. Los deberes fiduciarios son aquellos que resultan de la propia naturaleza del cargo y del contrato de administración concluido entre el administrador y la sociedad, a diferencia de los deberes legales de los administradores son aquellos que derivan de lo previsto en las normas jurídicas que le son de aplicación

5.6.1. Deberes fiduciarios

La posición fiduciaria de los administradores sociales se define por el deber de fidelidad que éstos están obligados a cumplir frente a la sociedad en el desempeño del cargo y cuyo significado reside en anteponer, ante cualquier situación, el interés social al suyo propio. La Jurisprudencia ha establecido que: «esta expresión de *ordenado empresario y representante leal equivale a la expresión de "buen padre de familia" del artículo 1104, párrafo segundo, del CC»* (SAP de Zaragoza de 5 de diciembre de 2005).

5.6.1.1. Deber de diligencia

El deber de diligencia exige a los administradores desempeñar su cargo cumpliendo con el modelo de conducta del «*ordenado empresario*», tal y como exigen el art. 225 LSC. El cumplimiento del modelo de conducta exigido legalmente se concreta en los siguientes deberes del administrador: (i) el deber de ejercer el cargo, esto de realización de las labores de gestión, supervisión y decisión propias del cargo; (ii) el deber de informarse debidamente para el desempeño de dicho cargo, lo que quiere decir que el administrador deberá disponer de la información necesaria para poder ejercer diligentemente las labores propias de su cargo tomando las decisiones conforme a dicha información, atendiendo al tiempo disponible y los costes de obtención de la misma; (iii) el deber de imparcialidad, el cual plantea problemas similares al conflicto de interés derivados del deber de lealtad y exige al administrador que actúe en todo momento en beneficio de la sociedad intentando impedir que ésta sufra algún daño y (iv) el deber de discrecionalidad, que impide que los administradores sustraigan las decisiones e información propias de su cargo cuando ello pueda suponer un perjuicio para la sociedad. El incumplimiento del deber de diligencia, en cualquiera de los aspectos referidos anteriormente, conlleva que a los administradores se les pueda exigir responsabilidad por los daños que su conducta cause al patrimonio social. La falta de diligencia del administrador podrá ser tanto por acción como por omisión. Asimismo, debemos destacar que la obligación de administrar es una obligación de medios, no del resultado, por lo que no se puede confundir el éxito o el fracaso de la sociedad o de un negocio de ésta con el cumplimiento del deber de diligencia.

5.6.1.2. Deber de lealtad

Este deber de lealtad del administrador es el segundo de los deberes fiduciarios generales, regulado en el artículo 226 LSC y, al igual que el anterior, integra el contrato de

administración suscrito entre éste y la sociedad, si bien dicho deber se concreta en la obligación del administrador de desempeñar su cargo siguiendo el modelo de conducta de un «representante leal». El deber de lealtad exige al administrador actuar en beneficio del interés de la sociedad en todas aquellas circunstancias en las que se presente un conflicto entre los intereses de ésta y los suyos propios, por tanto quedan proscritas todas aquellas decisiones del administrador que ante tales circunstancias no beneficien al interés social.

Entre las conductas prohibidas al administrador por infringir el deber de lealtad cabe destacar:

(i) la realización de transacciones con la sociedad sin previa comunicación a la sociedad, ya que se presumen que existe un conflicto de intereses para el administrador, (ii) la explotación de la posición de administrador por medio de utilización de información confidencial para su interés propio y la prohibición de obtener ventajas de terceros derivadas del puesto de administrador, (iii) el aprovechamiento de oportunidades de negocio de las que hubiera tenido conocimiento como administrador y que puedan interesar a la sociedad, sin previo conocimiento de ésta; y (iv) la realización de competencia a la sociedad sin la autorización de la misma (art. 227 a 229 LSC).

Al igual que sucede respecto al deber de diligencia, no es posible modificar estatutariamente la responsabilidad del administrador derivada de la vulneración del deber de lealtad ya que tal extremo no afectaría únicamente a la sociedad sino también a los acreedores de ésta. Pero es más, teniendo en cuenta que las actuaciones constitutivas de infracción del deber se presumen dolosas, cualquier modificación de la responsabilidad del administrador derivada de dicha infracción vulneraría lo previsto en el artículo 1102 *in fine* del CC. No obstante, es posible que la sociedad acuerde liberar al administrador de la interdicción de realizar determinadas actividades prohibidas derivadas de la posición fiduciaria de éste frente a la sociedad, por medio de un acuerdo de dispensa adoptado por la Junta General de la sociedad.

-

5.6.1.3. Deber de secreto

El deber de secreto forma parte de los llamados deberes fiduciarios específicos y se encuentra tipificado en el art. 232 LSC. Se diferencia de los anteriores deberes fiduciarios generales en que no obliga únicamente a las personas que se encuentran ocupando el cargo de administrador sino también a aquellas que han ostentado dicho cargo y las personas físicas designadas por los administradores sociales que son personas jurídicas. Este deber se concreta en la obligación de los sujetos anteriormente referidos de guardar secreto sobre la información de carácter confidencial que conozcan como consecuencia del ejercicio, actual o no, de su cargo. Las conductas que suponen una violación del deber de secreto se concretan en dos: (i) la comunicación de información confidencial a terceros y (ii) la divulgación de información confidencial. Esta obligación tiene a su vez determinados límites: (i) frente a los socios que exijan información, si representan más del cinco por ciento del capital social; y (ii) frente a los requerimientos de la Administración o de la Autoridad judicial.

-

5.6.1.4. Deber de abstención

El deber de abstención de los administradores sociales obliga a éstos a abstenerse de ejercer el

derecho de voto en la adopción de decisiones por el órgano competente cuando el administrador se encuentra en una situación de conflicto de intereses. En la normativa societaria no faltan las disposiciones que se refieran a dicho deber. Entre otras, cabe destacar el artículo 186 de la Ley de Sociedades de Capital que establece, para las sociedades anónimas, una prohibición de ejercicio de los derechos de voto inherentes a las acciones de cuya representación en la Junta General hayan obtenido los administradores de una sociedad anónima en virtud de la formulación previa de una solicitud pública de representación por ellos mismos y para sí o por otros a favor de ellos, de especial importancia en los casos de sociedades cotizadas. De igual modo cabe destacar lo establecido por la Ley de Sociedades de Capital para las sociedades de responsabilidad limitada (art. 190 LSC), al prohibir dicho precepto el ejercicio del derecho de voto correspondiente a las participaciones de cualquier socio cuando éste sea a su vez administrador de la sociedad y el acuerdo que deba adoptar la Junta se refiera a materias en las que se presume que existe un conflicto de intereses para el administrador, siendo éstas las siguientes: (i) la concesión de la dispensa de la prohibición de entrar en competencia con la sociedad, (ii) el establecimiento de prestaciones de obra o servicios entre el administrador y la sociedad y (iii) la concesión de financiación entre la sociedad y el socio administrador.

5.6.2. Deberes legales

El grupo de deberes que ahora nos ocupa adquiere especial relevancia en lo que se refiere a la responsabilidad de los administradores por deudas, que será estudiada más adelante, ya que, si los administradores sociales incumplen algunos de sus deberes legales podrán ser responsables solidariamente junto a la sociedad por las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución (art. 367 LSC).

5.6.2.1. Deber de convocatoria de la Junta General

El deber de convocar la Junta General no opera de pleno derecho sino que surge cuando concurre un hecho que la Ley o los estatutos consideren que ha de conducir necesariamente a la disolución de la sociedad (STS de 26 de abril de 2005).

En el supuesto de la sociedad anónima, los administradores deberán convocar la Junta en el plazo de dos meses desde que concurra alguna de las siguientes causas de disolución previstas en el art. 363.1 LSC, a saber: (i) conclusión de la sociedad; (ii) imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social; (iii) paralización de los órganos sociales; (iv) pérdidas cualificadas 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 en caso de que la sociedad se encuentre en situación de insolvencia; (v) reducción del capital por debajo del mínimo legal y (vi) cualesquiera otras causas previstas en los estatutos de la sociedad. En la sociedad limitada además de por las anteriores causas, se disolverá por la falta de ejercicio de la actividad que constituye el objeto social durante tres años consecutivos (art. 363.2 LSC).

5.6.2.2. Deber de solicitud de la disolución judicial

El deber de los administradores de solicitar la disolución judicial tiene un doble presupuesto: (i) la subsistencia de la causa de disolución y (ii) el fracaso de la Junta General convocada para acordar la disolución. El primero de los presupuestos exige que la causa de disolución que motivó la convocatoria de la Junta no haya desaparecido, bien porque la sociedad ya no se encuentre en causa de disolución, bien porque en dicho momento la sociedad se encuentre en situación de insolvencia y tenga la obligación por tanto de declararse en concurso, o bien porque algún interesado haya instado en dicho plazo la disolución de la sociedad. El segundo de los presupuestos se refiere a que la Junta debidamente convocada no haya podido celebrarse, o no hubiera adoptado el acuerdo de disolución de la sociedad. En tal supuesto el Órgano de Administración tiene la obligación de solicitar la disolución judicial, si bien cada administrador de forma individual, como interesado, tendrá la facultad para instar la disolución judicial, evitando de este modo la responsabilidad personal por las obligaciones sociales.

-

5.6.2.3. Deber de solicitud del concurso

Como es sabido, el administrador de una entidad que no puede hacer frente a sus obligaciones, es decir, que se encuentra en un estado de insolvencia actual o inminente en el sentido previsto en el artículo 2 LC tiene la obligación de solicitar la declaración de concurso en el plazo de dos meses desde su conocimiento (art. 5.1 LC) tal y como será estudiado en el Tema 9.

-

5.7. RESPONSABILIDAD

La evolución actual de la legislación mercantil relativa al Órgano de Administración y, sobre todo, en referencia al endurecimiento de las posibles acciones de responsabilidad que pueden iniciarse contra sus miembros, están provocando de una parte, la adopción de medidas tendentes a garantizar y asegurar la actuación del Órgano de Administración frente a eventuales acciones de responsabilidad; de otro lado, la paulatina «profesionalización» de los miembros de los órganos de administración, prestando especial importancia a la formación y experiencia profesional de las personas que lo integran; y, por último, el asesoramiento externo de los órganos de administración en cuantas actuaciones lleven a cabo.

-

5.7.1. Presupuestos de la responsabilidad

Los administradores pueden llegar a responder con su patrimonio personal en los supuestos en los que no cumplan con los deberes inherentes a su cargo, anteriormente estudiados. El artículo 236 LSC dispone que los administradores de derecho o de hecho como tales, responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo.

5.7.2. Responsabilidad solidaria y causas de exoneración de la responsabilidad

El artículo 237 de la Ley de Sociedades de Capital determina el carácter solidario de la responsabilidad entre los administradores y junto a la sociedad, al disponer que todos los miembros del Órgano de Administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta General (art. 236.2 LSC). Tampoco se verá exonerado de responsabilidad aquel administrador que alegue que se encontraba al margen de la gestión social ya que tal circunstancia contradice la obligación de todo administrador de desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal y, por tanto, en contra de las actuales exigencias de profesionalidad, eficacia y responsabilidad de los administradores sociales.

Sin perjuicio del carácter solidario de la responsabilidad de los administradores, la Ley prevé determinados supuestos de *exclusión o moderación de la responsabilidad de ciertos administradores*. Para los supuestos en que el daño se produce como consecuencia de la realización de actos del administrador contrarios a la Ley o a los estatutos, o por omisión de deberes legales, resulta suficiente que de esa infracción se derive un daño para que surja la responsabilidad. No se trata a partir de ahí de afirmar una responsabilidad profesional objetiva, sino que debe entenderse en el sentido de considerar que el hecho de incumplir la Ley o los estatutos implica cierto grado de negligencia, tratándose de la responsabilidad de quien, aun por ignorancia, no cumple los deberes que como administrador le corresponden. En tales supuestos no parece lógico que el administrador pueda exonerarse de responsabilidad probando que no hubo culpa por su parte. En primer lugar, debemos recordar que, como es sabido, el desconocimiento de la norma así como el conocimiento equivocado de la misma, parece que, en la mayoría de los casos, sólo será una prueba más de la negligencia del administrador, cuya diligencia exigible es superior a la general de un buen padre de familia prevista en el artículo 1104 CC. Por otra parte, para los casos en los que al administrador se le impute la infracción del deber genérico de la diligencia en el cumplimiento de su cargo, hay que recordar que la del administrador es una de las obligaciones consideradas «de medios», es decir, responde de las faltas de gestión y del incumplimiento de sus deberes de lealtad, pero no del éxito de su gestión. La prueba de que, en las circunstancias concretas de tiempo y de lugar, su actuación ha sido la propia de un ordenado empresario y representante leal, servirán para exonerarle de responsabilidad. Por último, cabe destacar que los casos fortuitos o de fuerza mayor, en el sentido previsto en el artículo 1105 CC, pueden jugar como circunstancias extrañas que, en caso de concurrir, interrumpirían el nexo causal entre la conducta del sujeto y la producción del daño. Por tanto, el administrador no responderá de los daños que sean consecuencia de un suceso ajeno a su ámbito de control. Sobre la base de las referidas disposiciones legales, nuestra doctrina y jurisprudencia ha establecido determinados supuestos en los que la responsabilidad de un administrador puede verse moderada e incluso excluida si concurren circunstancias concretas fijadas por nuestra jurisprudencia.

Por último, es importante destacar que la responsabilidad de los administradores de una

sociedad que se encuentre en esta situación es solidaria entre todos los miembros del Órgano de Administración y con la sociedad. Por tanto, en el supuesto de responsabilidad previsto en el artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital, un acreedor podrá reclamar la totalidad de la deuda de cualquiera de los administradores (*ius electionis* y *ius variandi*). Si bien, la solidaridad opera sólo frente a terceros, pero internamente la responsabilidad de los administradores es mancomunada, de manera que el administrador que hubiera pagado la deuda social podrá repetir contra la sociedad por la totalidad de la deuda pagada y contra los demás administradores por su cuota (arts. 1838 y 1839 CC).

5.7.3. Acciones societarias de responsabilidad de administradores. Especial referencia a la situación de concurso de la sociedad

Las posibles acciones societarias que se pueden ejercitar frente a los administradores son las siguientes: la acción social, la acción individual por daños y la acción de responsabilidad por deudas de la sociedad. Existe una cuarta acción de responsabilidad de los administradores, si bien limitada a aquellos supuestos en los que la sociedad se encuentre en situación concursal, que es la acción de responsabilidad concursal, regulada en el artículo 172 *bis* de la Ley Concursal, que será analizada al estudiar en el Tema 11 los supuestos de extensión de responsabilidad en caso de calificación culpable del concurso. La Ley 38/2011, de 10 de octubre, que entró en vigor el pasado 1 de enero de 2012, modificó algunos aspectos de la Ley Concursal, entre los que se encuentra el sistema de coordinación de las acciones de responsabilidad societaria. Desde la citada reforma, una vez que se declare el concurso de la sociedad el administrador concursal tendrá la legitimación exclusiva para ejercitar las acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada contra sus administradores, auditores o liquidadores (art. 48 *quáter* LC); además, los jueces de lo mercantil no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión en las que se ejerciten acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución (art. 50.2 LC); y quedarán en suspenso hasta que finalice el concurso, los procedimientos iniciados antes de la declaración de concurso en los que se hubieran ejercitado acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución (art. 51 *bis* LC), quedando al margen de lo previsto en dicho precepto las acciones individuales por daño.

5.7.3.1. Acción social

La acción social es la acción propia de la sociedad contra sus administradores, basada en el daño causado al patrimonio social, sin perjuicio de que haya otros legitimados subsidiarios que pueden ejercerla subsidiariamente respecto de la sociedad porque están interesados en la reconstitución de ese patrimonio. Cuando los administradores incumplan los deberes inherentes al desempeño de su cargo referidos en el Epígrafe anterior y de dicha conducta se deriven consecuencias dañosas para la sociedad, podrá ejercitarse la acción social de responsabilidad para defender los intereses de ésta.

El ejercicio de la acción social de responsabilidad aparece regulado en el artículo 238 LSC. Dicho precepto legal determina que la responsabilidad de los administradores por daños al patrimonio social sólo es exigible cuando se cumplen determinados presupuestos expresamente previstos en la Ley, siendo posible que dicha acción sea ejercitada por la sociedad, por determinados socios o por los acreedores de ésta.

Los requisitos necesarios para su ejercicio varían en función de quien ejercita dicha acción, siendo éstos los siguientes: (i) en todo caso, insuficiencia del patrimonio social para la satisfacción de los créditos de la sociedad, y, (ii) según el ejercitante de la acción: (a) acuerdo previo de la Junta General para el caso de ejercicio por la sociedad, (b) inexistencia de acuerdo para que los accionistas que representan al menos el cinco por ciento del capital social gocen de legitimación para ejercitar la acción social, en defecto de la sociedad, o, (c) finalmente, y para el ejercicio de la acción por los acreedores, la inactividad de la sociedad y de los accionistas.

En primer lugar, debemos señalar que el ejercicio de la acción civil de responsabilidad contra un administrador negligente por daño al patrimonio social corresponde *iure proprio* a la sociedad, por medio de la Junta General, al ser éste el órgano de expresión de la voluntad social. De igual modo, la Junta puede en cualquier momento transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieran a ellos socios que representen el cinco por ciento del capital social, según establece el apartado segundo del artículo 238 LSC. Por otra parte, el art. 239 LSC legitima a los socios minoritarios para que también pueda ejercitar la acción social contra los administradores. Finalmente, ante la pasividad de la sociedad y de sus socios, el art. 240 LSC también legitima a los acreedores de la sociedad para ejercitar la acción social frente a los administradores de su sociedad deudora.

El ejercicio de la acción social por un acreedor de ésta requiere que en el patrimonio de la sociedad no haya bienes suficientes para satisfacer a sus acreedores. Se trata de una medida de protección del patrimonio de la sociedad deudora que puede ser ejercitada por sus acreedores, pero de la que es titular la sociedad, por lo que podemos establecer que el objeto de tutela de esta acción es el interés social por lo que tradicionalmente se ha entendido que la acción social tiene carácter unitario, aunque pueda ser ejercitada por diferentes sujetos. Por ello, las consecuencias inmediatas derivadas del ejercicio de la acción repercuten directamente en el patrimonio de la sociedad y no en el del acreedor instante de la acción, por lo que éste no percibe de modo directo el incremento patrimonial del ejercicio de una acción ajena, sino que será el patrimonio de la sociedad deudora el que se verá incrementado si la acción prospera y posteriormente el acreedor, sin ningún privilegio frente al resto, deberá intentar cobrar de la sociedad.

Por tanto, en los supuestos en los que el acreedor pueda ejercitar la acción individual a la que nos referiremos a continuación es comprensible que prefiera instar esa acción frente a la acción social, no dándose en la práctica muchos supuestos de acreedores que ejerciten la acción social de responsabilidad (STS de 22 de marzo de 2006).

5.7.3.2. Acción individual por daños

La LEY de Sociedades de Capital contempla en su artículo 236 los motivos por los cuales los

administradores de las sociedades pueden incurrir en responsabilidad y, por tanto, responder con su propio patrimonio de los daños y perjuicios que puedan causar a terceros por sus propios actos. Dicho precepto prevé que los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios o accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar su cargo. La acción individual se dirige, por tanto, al resarcimiento de los daños directos e individuales causados a acreedores o socios concretos. Las obligaciones legales son la fuente más clara de responsabilidad en caso de incumplimiento por sus administradores, si bien, su responsabilidad no se limita a lo previsto en éstas sino que, como veíamos al analizar los deberes de los administradores, éstos responderán, a su vez, por todos los actos realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar su cargo, es decir, contraviniendo su deber de diligencia. La acción individual de responsabilidad por daño se refiere a actos de los administradores que lesionen directamente el patrimonio individual de personas ajenas a la sociedad, y no el patrimonio de la sociedad, a diferencia de la acción social anteriormente referida. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta General (art. 236. 2 LSC).

La acción individual se encuentra tipificada en el artículo 241 LSC en el que se establece que quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos. Lo anterior implica que el ejercicio de la acción social, estudiada anteriormente, no excluye la subsistencia de las eventuales acciones conforme al derecho común, de quienes resulten directamente perjudicados en su patrimonio por actos realizados por los administradores en el ejercicio de su cargo. La acción individual que nos ocupa puede ser ejercitada por aquellas personas que acrediten haber sufrido un daño directamente imputable a una conducta (por acción u omisión) del administrador y por tanto, puede ser ejercitada tanto por los socios de la sociedad como por terceros ajenos a ésta.

La acción individual de responsabilidad por daño directo esencialmente requiere que el acreedor instante de esta acción acredite que ha existido: (i) una acción u omisión negligente imputable al administrador, (ii) un daño patrimonial causado directamente a un socio o a un tercero, en este caso el impago de las deudas a un acreedor y (iii) una relación de causalidad entre el comportamiento culposo del administrador y el perjuicio ocasionado al tercero. Entre los daños sufridos por el socio o el tercero que puede reclamar a los administradores sociales si acredita los extremos anteriores se encuentran los supuestos de causación dolosa de daños (incumplimiento consciente y voluntario) si tales daños son objetivamente imputables al administrador. Por ejemplo, si los administradores han continuado endeudando a la sociedad a sabiendas de la grave situación patrimonial que sufría la sociedad (por ejemplo, si estaba incurso en causa de disolución o de concurso) y a pesar de ello agravan la situación de insolvencia de la sociedad de forma consciente, siendo necesario que el acreedor no tuviera conocimiento de dicha situación de disolución o insolvencia de la sociedad.

Como es sabido, la regla general es que responde la sociedad de los daños ocasionados como consecuencia del incumplimiento o de la incorrecta ejecución de un contrato celebrado con la sociedad, si bien en determinados casos, sus administradores pueden influir directamente en esa correcta o defectuosa ejecución pudiendo responder por los daños directos ocasionados a los acreedores de la sociedad. En estos casos serán de aplicación las normas sobre

responsabilidad extracontractual al encontrarnos ante una lesión de un derecho de crédito por un tercero, por lo que no se trata de una infracción contractual pues este tipo de relación existiría entre la sociedad y el acreedor en concreto, no siendo, por tanto, parte el administrador social. En estos casos, el fundamento de la responsabilidad no es el contrato sino el comportamiento doloso del administrador (incumplimiento consciente y voluntario) respecto del que siempre existe un deber de indemnizar en la medida en que los daños derivados de dicho comportamiento resulten objetivamente imputables al comportamiento del administrador.

5.7.3.3. Acción de responsabilidad por deudas de la sociedad

Junto al régimen de responsabilidad societario anteriormente analizado (acción social y acción individual por daños), el legislador español introdujo en 1989 una nueva acción de responsabilidad de administradores, probablemente influido por el Derecho comparado.

Cualquier acreedor no puede acudir a los tribunales por la vía de la responsabilidad por deudas para obtener el cobro de sus créditos frente a los administradores sino sólo los titulares de créditos que tienen origen en un momento posterior a la concurrencia de la causa de disolución podrán ejercitar la acción de responsabilidad de administradores. Para ello será necesario acreditar que la sociedad se encontraba en alguno de los supuestos legales que exige la disolución o el concurso, o en su caso la convocatoria de Junta para tratar tal extremo y que, sin embargo, los administradores no cumplieron con sus obligaciones legales.

La diferencia entre esta acción y la acción individual por daño radica en que la responsabilidad por deudas de la sociedad se establece para el caso de incumplimiento de los deberes que la Ley les impone a los administradores, aunque no sean causantes del daño sufrido por el tercero instante de la acción, mientras que la responsabilidad por daños exige que dicho daño sea imputable directamente a la conducta del administrador demandado. Efectivamente, a diferencia de lo que ocurre con la acción individual por daños, en el caso que ahora nos ocupa basta con el incumplimiento de los deberes legales del administrador de convocar la Junta para que acuerde la disolución, o en su caso, solicitar la disolución judicial para que entre en juego la responsabilidad solidaria de los administradores con la sociedad ex art. 367 LSC, por lo que no es necesario acreditar un resultado dañoso ni la vinculación causal entre el acto ilícito y el daño. Se trata de una sanción extraordinariamente dura para el administrador de una sociedad. No obstante, debemos tener en cuenta que el objetivo de esta norma no es sancionar al administrador por la disminución del patrimonio social, sino por mantener en el tráfico, por ejemplo, una sociedad cuyo patrimonio se encuentra por debajo de la mitad del capital social, perjudicando a los acreedores para los que la cifra del capital de la sociedad ya no significa nada.

6. CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

6.1. COMPOSICIÓN DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

El Consejo de Administración es la forma más común de administración de las sociedades anónimas. Como vimos, el Consejo de Administración estará formado por un mínimo de tres miembros. Los estatutos fijarán el número de miembros del Consejo de Administración o bien un número máximo o mínimo, correspondiendo en este caso a la Junta de socios la determinación del número concreto de sus componentes. A diferencia de las sociedades anónimas en las que no existe un límite máximo de miembros del Consejo, en la sociedad de responsabilidad limitada, en caso de Consejo de Administración, el número máximo de los componentes del Consejo no podrá ser superior a doce (art. 242 LSC). El Consejo de Administración presenta determinadas ventajas frente al resto de formas de organización de la administración de la sociedad, ya que en el Consejo pueden participar accionistas, directivos y expertos independientes lo que enriquece al Órgano de Administración y, además, a través de la delegación de facultades a la que nos referiremos más adelante, se puede lograr que uno o varios consejeros (Consejeros delegados o Comisiones ejecutivas) ostenten facultades de representación muy amplias agilizando así el funcionamiento de las sociedades.

6.2. DESIGNACIÓN DE CONSEJEROS. SISTEMAS DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL Y DE COOPTACIÓN DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

Como vimos, la Junta General tiene la facultad de elegir a los miembros del Consejo de Administración. Esta facultad es absoluta en las sociedades de responsabilidad limitada, sin embargo, en las sociedades anónimas presenta dos excepciones:

i) el *sistema de representación proporcional* de las sociedades anónimas, regulado en el art. 243 LSC fue instaurado por el RD 823/1991, de 17 de mayo. Dispone el citado precepto que las acciones que voluntariamente se agrupen, hasta constituir una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de componentes del Consejo, tendrán derecho a designar los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción. En el caso de que se haga uso de esta facultad, las acciones así agrupadas no intervendrán en la votación de los restantes componentes del Consejo. Se trata, por tanto, de un sistema facultativo de representación proporcional de las minorías en el Consejo de Administración, para impedir que los accionistas mayoritarios puedan designar a la totalidad de los miembros del Consejo.

ii) el *sistema de cooptación*, regulado en el art. 244 LSC, establece que en las sociedades anónimas, si durante el plazo para el que fueron nombrados los administradores se produjesen vacantes sin que existieran suplentes, el Consejo podrá designar entre los accionistas las personas que hayan de ocuparlas hasta que se reúna la primera Junta General. Con el objeto de evitar la costosa y compleja convocatoria de la Junta, la Ley faculta al propio Consejo para designar entre los accionistas a las personas que ocuparan las vacantes que se queden en el Consejo, si bien con carácter provisional, únicamente hasta la celebración de la siguiente Junta General, que podrá ratificar o no al miembro del Consejo que fue elegido provisionalmente. Aunque en principio este sistema se concibe como excepcional, en especial en las sociedades cotizadas se ha convertido en la regla general al permitirse de este modo la autoselección de los miembros del Consejo, es decir, que sean los propios administradores los que decidan sobre los demás integrantes del Consejo, si bien sometidos a la posterior ratificación de la Junta.

6.3. ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO

El Consejo de Administración, como órgano colegiado que es, está sujeto a unas reglas de organización y funcionamiento en materia de convocatoria, constitución, adopción de acuerdos, etc. que, en principio, pueden ser libremente acordadas por cada sociedad. En esta materia regirán, en principio, lo previsto en los estatutos sociales.

El Consejo de Administración debe designar necesariamente a su Presidente. Entre las funciones del *Presidente del Consejo* se encuentran las siguientes: (i) convocar la Junta General y al propio Consejo; (ii) verificar que se facilita la información previa solicitada por los consejeros; (iii) verificar y declarar la válida constitución del Consejo de Administración; (iv) dirigir las reuniones del Consejo de Administración, otorgando y retirando la palabra, ordenando la votación y proclamando el resultado; (v) otorgar el visto bueno a las certificaciones expedidas por el Secretario del Consejo de Administración; y (vi) ser el destinatario de las comunicaciones y notificaciones que se dirijan a la sociedad. Por su parte, el *Vicepresidente del Consejo* tiene la función de sustituir al Presidente en sus funciones. Finalmente, el *Secretario del Consejo* tiene la función y facultad, entre otras; (i) de colaborar con el Presidente en la preparación de las sesiones; (ii) redactar las actas de las sesiones del Consejo; (iii) conservar y custodiar los libros de actas y demás documentación societaria; y (iv) ostentar la Secretaría de la Junta General, entre otras.

El Consejo de Administración será convocado por su Presidente o el que haga sus veces. Los administradores que constituyan al menos un tercio de los miembros del Consejo podrán convocar al Consejo, indicando el Orden del día, para su celebración en la localidad donde radique el domicilio social, si, previa petición al presidente, éste sin causa justificada no hubiera hecho la convocatoria en el plazo de un mes (art. 246 LSC, en su redacción dada por la Ley 25/2011, de 1 de agosto). En las sociedades anónimas el Consejo de Administración quedará válidamente constituido cuando concurran a la reunión, presentes o representados, la mayoría de los vocales (art. 247.2 LSC), mientras que en las sociedades de responsabilidad limitada el Consejo de Administración quedará válidamente constituido cuando concurran, presentes o representados, el número de consejeros previsto en los estatutos, siempre que alcancen, como mínimo, la mayoría de los vocales (art. 247.1 LSC).

Los *acuerdos* del Consejo de Administración en las sociedades anónimas se adoptarán por mayoría absoluta, es decir, más de la mitad de los consejeros concurrentes a la sesión presentes o representados. La votación por escrito y sin sesión sólo será admitida cuando ningún consejero se oponga a este procedimiento (art. 248 LSC). Las discusiones y acuerdos del Consejo de Administración se llevarán a un *Libro de actas*, al que se refiere el art. 26.1 CCom, debiendo ser firmada el *Acta del Consejo* por el Presidente y el Secretario del Consejo (art. 250 LSC). La firma de estas dos personas es una garantía más de la veracidad del Acta, de manera que si falta alguna de ellas habrá de ser sustituida por alguna persona que tenga su nombramiento inscrito en el Registro Mercantil. No obstante, habrá de considerarse válida el Acta levantada por un Notario que asiste a la sesión. En la Certificación del Acta que recoja acuerdos inscribibles en el Registro Mercantil habrán de constar los nombres de los miembros del Consejo asistentes a la reunión, para que el Registrador, a la hora de calificar la validez de los acuerdos, pueda comprobar que los asistentes tienen sus cargos vigentes y debidamente inscritos en el propio Registro.

6.4. IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS

Los acuerdos del Consejo de Administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración (Comisión delegada o Comisión ejecutiva) podrán ser objeto de impugnación.

No cabe, por tanto, impugnación contra las decisiones de los Órganos de administración unipersonales (Administrador único, Administradores solidarios o Consejeros delegados).

Los administradores podrán impugnar los acuerdos nulos y anulables del Consejo en el plazo de treinta días desde su adopción. Igualmente podrán impugnar tales acuerdos los socios que representen un cinco por ciento del capital social, en el plazo de treinta días desde que tuvieren conocimiento de los mismos y siempre que no hubiere transcurrido un año desde su adopción (art. 251 LSC). La impugnación de los acuerdos del Consejo se tramitará conforme a las mismas normas previstas para la impugnación de los acuerdos de la Junta General, estudiadas anteriormente. Son *nulos* los acuerdos que sean contrarios a la Ley y *anulables*, los que se opongan a los estatutos o lesionen los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios socios o de terceros.

La impugnación se tramitará conforme a lo establecido para la impugnación de los acuerdos de la Junta General anteriormente estudiada (art. 251.2 LSC). La Ley establece sin embargo algunas especialidades para la impugnación de los acuerdos del Consejo: (i) estarán legitimados los administradores y los accionistas que representen un cinco por ciento del capital social; (ii) el plazo de impugnación varía en función de quien ejercite la acción, para los administradores, el plazo de impugnación es de 30 días desde la adopción del acuerdo y para los socios es válido ese mismo plazo pero con la salvedad de que comienza a contar desde la fecha en que tuvieron conocimiento del acuerdo, siempre que no hubiera transcurrido un año desde su adopción (art. 251.1 LSC).

6.5. DELEGACIÓN DE FACULTADES

El Consejo de Administración puede delegar facultades concretas y/o temporalmente mediante el otorgamiento de poderes o bien puede delegarlas de forma general y/o permanente creando dentro de sí otro órgano, que frente a terceros ostentará el mismo poder legal de representación que el propio Consejo. En la práctica es frecuente que los miembros del Consejo no tengan la capacidad y los conocimientos para gestionar el día a día de la sociedad, y utilicen esa posibilidad que les confiere la Ley de delegar las facultades de gestión a favor de determinadas personas, normalmente a un comisión del propio Consejo integrada por *Consejeros directivos*; a favor de un consejero que pasará a ser *Consejero delegado* o de una *Comisión ejecutiva*; o a favor del principal directivo que ocupa también la presidencia del Consejo, denominado *Presidente ejecutivo* con delegación de facultades. Todo ello sin perjuicio de los apoderamientos que, como vimos, podían conferir a cualquier persona, y siempre que los estatutos de la sociedad no dispongan otra cosa (art. 249.1 LSC).

Tanto la delegación de facultades como la elección de los miembros que van a ocupar los cargos antes referidos exige para su validez: (i) el voto favorable de dos terceras partes de los componentes del Consejo cuando la delegación tenga carácter permanente y (ii) la inscripción

del acuerdo de delegación en el Registro Mercantil que no producirá efecto alguno hasta que se haya producido la inscripción (nótese que en este caso, y excepcionalmente, la inscripción es constitutiva (art. 249.3 LSC). La revocación de la delegación, sin embargo, sólo necesitará la mayoría de los administradores concurrentes. Serán delegables en principio todas las facultades propias del Consejo de Administración, excepto las previstas en el art. 249.2 LSC que serán «indelegables», de modo que en ningún caso podrán ser objeto de delegación: (i) ni la rendición de cuentas de la gestión social y la presentación de balances a la Junta General; (ii) ni las facultades que la Junta General conceda al Consejo, salvo que fuese expresamente autorizado por ella.

Debemos diferenciar la delegación de facultades del mero otorgamiento de poderes que puede conceder el Consejo de Administración, ya que la delegación de facultades tiene que recaer necesariamente sobre uno o varios miembros del Consejo, mientras que el apoderamiento puede otorgarse a favor de cualquier persona; los Consejeros delegados sustituyen al Consejo y tienen las mismas facultades que éste, a diferencia de los meros apoderados que están limitados por lo previsto en el poder; y, por último, cabe destacar que el régimen de responsabilidad es diferente ya que los consejeros están sujetos a la responsabilidad prevista en el art. 233 LSC y los apoderados no.

7. GOBIERNO CORPORATIVO: EL «BUEN GOBIERNO» DE LAS SOCIEDADES

El Buen Gobierno o «*Corporate Governance*» puede ser definido como el conjunto de mecanismos mediante los cuales una empresa es dirigida y controlada o como estableció la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, Principios de Gobierno Corporativo de la OECD en 2004 «*el gobierno corporativo abarca un conjunto de relaciones entre la administración de la empresa, su Consejo de Administración, sus accionistas y otras partes interesadas. También proporciona la estructura a través de la que se fijan los objetivos de la compañía y se determinan los medios para alcanzar esos objetivos y supervisar el desempeño*».

El gobierno corporativo constituye uno de los temas más relevantes de la actualidad jurídica y societaria de los últimos tiempos. La importancia adquirida por el Consejo de Administración dentro de la estructura corporativa de las grandes sociedades cotizadas, ha dado lugar a un amplio proceso de valoración del cometido y las funciones que han de corresponder al Consejo de este tipo de sociedades. Aunque adquiere mayor relevancia en el ámbito de las sociedades anónimas cotizadas, también es importante para otras empresas e instituciones, incluso para las no societarias como las Cajas de Ahorros, otras entidades que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores o las empresas públicas. En definitiva, el Buen Gobierno de las sociedades constituye la respuesta necesaria para afrontar los nuevos riesgos económicos (globalización, desregulación, inversión en nuevas tecnologías), jurídicos (incremento de las responsabilidades empresariales) y éticos (crisis de los valores morales empresariales) que desde la década de 1990 ha demostrado la debilidad de las sociedades y del sistema económico y financiero.

Se puede entender que el primer Código de Buen Gobierno relevante que existió en España

fue el creado por la Comisión Especial presidida por el Profesor Olivencia en 1998, que consistía en un informe y una serie de veintitrés recomendaciones sobre buen gobierno en sociedades cotizadas que se conoce como «Código Olivencia». Dicho Código tenía como objetivo que las sociedades se comprometiesen a su cumplimiento e informasen al mercado. Posteriormente se creó una segunda comisión que se conoce como «Comisión Aldama» que presentó sus conclusiones y recomendaciones en 2003, entre las que destaca su recomendación de que el legislador obligara a las empresas a que informen sobre sus prácticas de buen gobierno y a exigir responsabilidades a aquellos administradores que no cumplan con sus obligaciones. En resumen, dicha Comisión emitió nuevas recomendaciones y solicitó medidas para asegurar mayor calidad de la información al mercado a través de un Informe Anual de Gobierno Corporativo. Dicha propuesta tuvo su reflejo en la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas (en adelante, Ley de Transparencia), que amplió los supuestos de responsabilidad de administradores en las sociedades anónimas y obligó a que todas las sociedades anónimas cotizadas publicaran anualmente el Informe de Gobierno Corporativo (inicialmente regulado en el art. 116 LMV y actualmente recogido en el art. 61 bis LMV; según las modificaciones introducidas por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible –en adelante, Ley de Economía Sostenible–). A su vez, la Ley de Transparencia encargó a la CNMV que actualizara y unificara el Código de Buen Gobierno. A través de las Orden ECO/3722/2003 y la Circular 1/2004 de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), se reguló el contenido mínimo y estructura que debía tener el Informe Anual de Gobierno Corporativo.

En mayo de 2006 fue aprobado por la CNMV el *Código unificado de Buen Gobierno o «Código Conthe»* (en honor al entonces Presidente de la CNMV), cuyo propósito fue convertir al Consejo de Administración en un órgano de control y de supervisión de los directivos de las sociedades cotizadas (consejeros delegados, altos directivos, etc.) y alinear sus intereses con los de los accionistas. Este Código armoniza y actualiza todas las recomendaciones anteriores. La CNMV, a través de la Circular 4/2007 establece las pautas para adaptar el Informe de Gobierno Corporativo al Código Conthe. Nuevas modificaciones al Informe Anual de Gobierno Corporativo son introducidas en 2011 a través de la Ley de Economía Sostenible. En la actualidad existen Proyectos de Orden y Circular aún no aprobados que derogarían las Órdenes y Circulares actualmente existentes para modificar y adaptar el modelo de Informe Anual de Gobierno Corporativo a la normativa actual. El artículo 35 de la Ley de Economía Sostenible establece que las sociedades mercantiles estatales y las entidades públicas empresariales adscritas a la Administración General del Estado también deberán presentar anualmente informes de gobierno corporativo, así como memorias de sostenibilidad de acuerdo con estándares comúnmente aceptados, con especial atención a la igualdad efectiva entre mujeres y hombres y a la plena integración de personas con discapacidad.

A nivel europeo, destacamos el *Libro Verde* de la Comisión Europea «*La normativa de gobierno corporativo de la UE*» que fue publicado en el mes de abril de 2011, con la finalidad de evaluar la eficacia de la normativa actual de gobierno corporativo de las empresas europeas. El Libro Verde planteó una serie de cuestiones para que los Estados miembros, el Parlamento Europeo, el Comité Económico y Social y otras partes interesadas expresasen su

opinión al respecto. Los tres temas tratados, todos ellos centrales para el buen gobierno corporativo, fueron (i) el Consejo de Administración; (ii) los accionistas; y (iii) la aplicación del principio «cumplir o explicar».

El planteamiento de las cuestiones tratadas en el Libro Verde marcan una tendencia de hacia dónde se dirigen las futuras Leyes y recomendaciones en la materia. Destacamos las siguientes consideraciones del Libro Verde: (i) el gobierno corporativo y la responsabilidad social de las empresas son elementos clave para cimentar la confianza de las personas en el mercado único; y (ii) el gobierno corporativo es un medio para frenar planteamientos a corto plazo perjudiciales y la asunción de riesgos excesivos.

La consulta permaneció abierta hasta el 22 de julio de 2011 y aunque la Comisión, tras estudiar las respuestas a la consulta, deberá hacer público un informe resumiendo los resultados de la consulta, el 28 de enero de 2012 se publicó en el Boletín Oficial de la Unión Europea el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo en relación al Libro Verde (Dictamen de fecha 27 de octubre de 2011). De dicho Dictamen destacamos que: (i) el Comité Económico y Social Europeo (CESE) responde a las 25 preguntas planteadas por el Libro Verde; (ii) el CESE acoge favorablemente la compleja iniciativa de la Comisión destinada a mejorar el gobierno corporativo; (iii) el CESE acoge favorablemente la intención que preside el Libro Verde de la CE pero recomienda que presente una definición más precisa y contundente del gobierno corporativo; (iv) el CESE pide a la Comisión que en sus futuras propuestas legislativas busque un equilibrio entre la legislación y las normas no vinculantes (*soft law*), entre las que se incluyen las recomendaciones y los códigos de gobierno corporativo; y (v) el CESE invita a la Comisión a que tenga en cuenta las diferencias existentes entre los diferentes sistemas de gobierno corporativo.

Respecto a la obligatoriedad del Código, como se ha anticipado, el Código Unificado de Buen Gobierno o «Código Conthe» no es vinculante, si bien las sociedades cotizadas que no cumplan las recomendaciones previstas en el mismo, tendrán que justificarlo en el Informe Anual de Gobierno Corporativo cuya presentación sí es obligatoria. Corresponderá a la Comisión Nacional del Mercado de Valores el seguimiento de las reglas de gobierno corporativo, a cuyo efecto podrá recabar cuanta información precise al respecto, así como hacer pública la información que considere relevante sobre su grado efectivo de cumplimiento, y ello sin perjuicio de las sanciones que proceda imponer a las sociedades cotizadas por la falta de remisión de la documentación o del informe de gobierno corporativo, o la existencia de omisiones o datos engañosos o erróneos (art. 61 bis 5 LMV).

El Informe de Gobierno Corporativo deberá ofrecer una explicación detallada de la estructura del sistema de gobierno de la sociedad y de su funcionamiento en la práctica. En todo caso, el contenido mínimo del informe de gobierno corporativo será el siguiente (art. 61 bis 4 LMV): (i) estructura de propiedad de la sociedad (que habrá de incluir, información relativa a los accionistas con participaciones significativas, información de las participaciones accionariales de los miembros del Consejo de Administración, etc.); (ii) cualquier restricción a la transmisibilidad de valores y cualquier restricción al derecho de voto; (iii) estructura de la administración de la sociedad (que habrá de incluir: información relativa a la composición, reglas de organización y funcionamiento del Consejo de Administración y de sus comisiones; identidad y remuneración de sus miembros, funciones y cargos dentro de la sociedad, sus relaciones con accionistas con participaciones significativas, etc.); (iv) operaciones vinculadas

de la sociedad con sus accionistas y sus administradores y cargos directivos y operaciones intragrupo; (v) sistemas de control del riesgo; (vi) funcionamiento de la Junta General; (vii) grado de seguimiento de las recomendaciones de gobierno corporativo, o, en su caso, la explicación de la falta de seguimiento de dichas recomendaciones; y (viii) sistemas internos de control y gestión de riesgos en relación con el proceso de emisión de la información financiera.

La información incluida en el Informe Anual de Gobierno Corporativo sobre la composición del Consejo de Administración, sus comisiones delegadas y la calificación de sus consejeros, deberá elaborarse de acuerdo con las definiciones que establezca el Ministro de Economía y Hacienda o, con su habilitación expresa, la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Destacar que en 2011, la Ley de Economía Sostenible otorgó rango legal al uso de las definiciones de las categorías de consejeros.

Además, las sociedades cotizadas y otras entidades que emitan valores cotizados deberán difundir a través de sus páginas webs los hechos e información más relevantes previamente comunicados a la CNMV con toda exactitud, garantizando que esta información se efectúa de manera comprensible, gratuita, directa y de fácil acceso para los inversores, incluso se regula el contenido mínimo que deberá tener la página web de una sociedad cotizada, de forma actualizada y con las especificaciones técnicas y jurídicas que determine la CNMV.

Por último, cabe destacar lo dispuesto en el art. 61 *ter* LMV (añadido también por la Ley de Economía Sostenible) que junto con el Informe Anual de Gobierno Corporativo, el Consejo de las sociedades anónimas cotizadas deberá elaborar también un «Informe anual sobre las remuneraciones de sus consejeros», que incluirá información completa, clara y comprensible sobre la política de remuneraciones de la sociedad aprobada por el Consejo para el año en curso, así como, en su caso, la prevista para años futuros. El Informe anual sobre las remuneraciones de sus consejeros debe ser sometido a votación por la Junta General Ordinaria de Accionistas con carácter consultivo.

CASO PRÁCTICO

format:sangrado:izq

La sociedad LA MEJOR INVERSIÓN CAPITAL PRIVADO, SA, dedicada a la promoción y gestión de fondos de capital riesgo y está, integrada por tres socios (Pepe, Juan y María) que, a su vez, son miembros del Consejo de Administración. El citado Consejo de Administración ha adoptado un acuerdo en la reunión del Consejo celebrada el 1 de marzo de 2012 en virtud del cual se aprueba la distribución de un importante *bonus* a favor de los empleados (incluidos los socios) que hayan obtenido unos fondos anuales superiores a un millón de euros. Juan y María, que se dedican a viajar por todo el mundo captando fondos para la sociedad y que han obtenido en el último año unos fondos superiores al millón de euros, han votado a favor de dicho acuerdo del Consejo. Sin embargo, Pepe, que se dedica normalmente a las labores financieras y contables de la sociedad, y no a la obtención de fondos por su fobia a los aviones, ha votado en contra del referido acuerdo del Consejo, ya que entiende que al haber venido arrastrando pérdidas la sociedad, considera que dicho acuerdo en el que se aprueba el reparto del *bonus* sería perjudicial para los intereses de la sociedad. Por el contrario, Juan y

María alega que si no se incentiva la obtención de fondos la sociedad estará perdida.

format:sangrado:izq

Indique si Pepe podrá iniciar acciones para impugnar el acuerdo del Consejo de 1 de marzo de 2012 y, en caso de que su respuesta sea afirmativa, el procedimiento a seguir y los motivos que alegaría para impugnar dicho acuerdo. En el supuesto de que Ud. representara a la sociedad, indique qué podría alegar para defender la validez del acuerdo. Por último, ¿creé Ud. que el acuerdo impugnado podría tener alguna relación con la retribución de administradores? De ser así, indique qué aspectos deberán ser tenidos en consideración.

-

BIBLIOGRAFÍA

format:sangrado:fran

CABALLERO GEA, J. A., *Ley de Sociedades de Capital. Síntesis y ordenación de la doctrina de los Tribunales y de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, Madrid, Dykinson, 2011.

format:sangrado:fran

GIMENO BAYÓN COBOS, R. (Dir.), *Órganos de la sociedad de capital. Tomo I: Junta General e impugnación de acuerdos, los administradores y su responsabilidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

format:sangrado:fran

HOPT, K. J., *Estudios de Derecho de sociedades y del Mercado de Valores*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

format:sangrado:fran

MATEU DE ROS CEREZO, R., *El Código Unificado de Gobierno Corporativo*, Navarra, Aranzadi – Thomson, 2007.

format:sangrado:fran

MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, 7ª ed., Barcelona, Bosch, 2011.

format:sangrado:fran

OLCESE SANTOJA, A., *Teoría y práctica del buen gobierno corporativo*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

format:sangrado:fran

ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo II, Navarra, Aranzadi, 2011.

Modificaciones Estatutarias y Estructurales 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.](#)

[Caso práctico](#)

[Bibliografía](#)

Con formato: Español (España)

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.

Con formato: Español (España)

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).

Con formato: Español (España)

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 Cap. II del Título I de la LSC una nueva sección, la 4ª, dedicada a la Página web corporativa, y compuesta por el art. 11 *bis*, reformado, y los nuevos arts. 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 (art. 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 (art. 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 (art. 11 quáter LSC).

Con formato: Español (España)

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 art. 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.

Con formato: Español (España)

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 art. 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.

Con formato: Español (España)

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 -salvas 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.

Con formato: Español (España)

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.

Con formato: Español (España)

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 aún 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 aún 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.

Con formato: Español (España)

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.

Con formato: Español (España)

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).

Con formato: Español (España)

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.

Con formato: Español (España)

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.

Con formato: Español (España)

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.

Con formato: Español (España)

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.

Con formato: Español (España)

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.

Con formato: Español (España)

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.

Con formato: Español (España)

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.

Con formato: Español (España)

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 la acciones. Lógicamente, en el caso de que la emisión de las nuevas participaciones se realice 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

Con formato: Español (España)

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).

Con formato: Español (España)

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 la 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.

Con formato: Español (España)

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 art. 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.

★

Con formato: Español (España)

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 las nuevas series y numeraciones de las 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).

Con formato: Español (España)

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).

Con formato: Español (España)

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.

Con formato: Español (España)

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.

Con formato: Español (España)

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 art. 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 art. 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.

Con formato: Español (España)

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 prorata 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.

Con formato: Español (España)

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.

Con formato: Español (España)

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.

Con formato: Español (España)

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).

Con formato: Español (España)

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 art. 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 la 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).

Con formato: Español (España)

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, proscrita 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.

Con formato: Español (España)

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 art. 1 de la Ley 3/2009 de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante LME), cuyo art. 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.

Con formato: Español (España)

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).

Con formato: Español (España)

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 exige 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.

Con formato: Español (España)

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 de 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.

Con formato: Español (España)

5.2. TRASLADO INTERNACIONAL DEL DOMICILIO SOCIAL

El traslado internacional del domicilio social se regula en los arts. 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.

Con formato: Español (España)

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.

Con formato: Español (España)

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, traspasando 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.

Impropiaamente, 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.

Con formato: Español (España)

Con formato: Español (España)

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).

Con formato: Español (España)

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

Con formato: Español (España)

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 exige 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 exige 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.

Con formato: Español (España)

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.

Con formato: Español (España)

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.

Con formato: Español (España)

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)

Con formato: Español (España)

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 tuvieron 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.

Con formato: Español (España)

CASO PRÁCTICO

format:sangrado:izq

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.

format:sangrado:izq

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.

format:sangrado:izq

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.

Con formato: Español (España)

BIBLIOGRAFÍA

format:sangrado:fran

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

format:sangrado:fran

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

format:sangrado:fran

BENEYTO PÉREZ, J. M^a. y LARGO GIL, R. (Directores) y HERNÁNDEZ SAINZ, E. (Coordinadora), *Transmisiones de empresas y modificaciones estructurales de sociedades*, Editorial Bosch, 2010.

format:sangrado:fran

CALVO VÉRGEZ, J., *Fusiones y escisiones de sociedades. Aspectos prácticos fiscales y contables*, Editorial La Ley, 2011.

format:sangrado:fran

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Derecho de sociedades*, Editorial Tirant lo Blanch, 2010.

format:sangrado:fran

ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Directores), *Comentarios de la Ley de Sociedades de Capital*, Madrid, 2011.

format:sangrado:fran

GARRIDO DE PALMA, V. y BANACLOCHE PÉREZ, J., *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Editorial Civitas, 2010.

format:sangrado:fran

GONZÁLEZ-MENESES ROBLES, M. y ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Editorial Dykinson, 2011.

format:sangrado:fran

RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (Coordinador), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Editorial Civitas, 2009.

format:sangrado:fran

URÍA, R. y MENÉNDEZ, A. (Directores), *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, 2^a edición, Madrid, 2006.

Tema 6

format:sangrado:fran

URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y OLIVENCIA, M. (Directores), *Comentarios al régimen de las sociedades mercantiles*, Editorial Civitas, 1994.

TEMA 6

Modificaciones Estatutarias y Estructurales 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.
- 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 esasas 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) pero en las SA previamente deberán publicarse en la página web de la sociedad, en su caso, y si careciera de ella en al menos en dos periódicos las modificaciones que afecten a la denominación social, el domicilio y cualquier variación introducida en el objeto social (LSC 289).~~

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 Cap. II del Título I de la LSC una nueva sección, la 4ª, dedicada a la Página web corporativa, y compuesta por el art. 11 *bis*, reformado, y los nuevos arts. 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 obligadas 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 (art. 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 (art. 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 (art. 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 art. 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 art. 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—salvas las operaciones legales de aumento o disminución que modifiquen lo inserto 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 aún 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 aún 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 aquellas 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 realice 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 la 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, incumplándose la exigencia de efectividad de la aportación exigida por el art. 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 art. 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 art. 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 art. 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 excedieran 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, proscrita 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 art. 1 de la *Ley 3/2009 de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles* (en adelante LME), cuyo art. 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 arts. 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, traspasando 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 exige 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 exige 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 tuvieron 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.

CASO PRÁCTICO

format:sangrado:izq

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.

format:sangrado:izq

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.

format:sangrado:izq

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 *Italvienesa 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

format:sangrado:fran

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

format:sangrado:fran

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

format:sangrado:fran

BENEYTO PÉREZ, J. M^a. y LARGO GIL, R. (Directores) y HERNÁNDEZ SAINZ, E. (Coordinadora), *Transmisiones de empresas y modificaciones estructurales de sociedades*, Editorial Bosch, 2010.

format:sangrado:fran

CALVO VÉRGEZ, J., *Fusiones y escisiones de sociedades. Aspectos prácticos fiscales y contables*, Editorial La Ley, 2011.

format:sangrado:fran

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Derecho de sociedades*, Editorial Tirant lo Blanch, 2010.

format:sangrado:fran

ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Directores), *Comentarios de la Ley de Sociedades de Capital*, Madrid, 2011.

format:sangrado:fran

GARRIDO DE PALMA, V. y BANACLOCHE PÉREZ, J., *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Editorial Civitas, 2010.

format:sangrado:fran

GONZÁLEZ MENESES ROBLES, M. y ÁLVAREZ ROYO VILLANOVA, S., *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Editorial Dykinson, 2011.

format:sangrado:fran

RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (Coordinador), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Editorial Civitas, 2009.

format:sangrado:fran

URÍA, R. y MENÉNDEZ, A. (Directores), *Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, 2ª edición*, Madrid, 2006.

format:sangrado:fran

Tema 6

URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y OLIVENCIA, M. (Directores), *Comentarios al régimen de las sociedades mercantiles*, Editorial Civitas, 1994.

TEMA 7

Extinción de la Sociedad

ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS
Lecturer. Law School. University of Hull

SUMARIO

1. Introducción
 2. La disolución. Concepto y causas. Forma y efectos. publicidad
 - 2.1. Concepto de disolución
 - 2.2. Causas de disolución de las sociedades mercantiles
 - 2.2.1. Causas de disolución de pleno derecho
 - 2.2.2. Causas legales o estatutarias de disolución que requieren de constatación por la Junta General
 - 2.2.3. Disolución por mero acuerdo de la Junta General
 - 2.3. Publicidad de la disolución de sociedades de capital
 3. La liquidación: concepto. Apertura y publicidad periódica. Nombramiento, funciones y responsabilidad de los liquidadores. Ejecución de la liquidación
 - 3.1. Liquidación societaria. Apertura y publicidad periódica
 - 3.2. Efectos de la apertura de la fase de liquidación
 - 3.3. Nombramiento, funciones y responsabilidad de los liquidadores
 - 3.3.1. Nombramiento de los liquidadores, duración del cargo, cobertura de vacantes y separación
 - 3.3.2. Funciones de los liquidadores
 - 3.3.3. Responsabilidad de los liquidadores
 - 3.4. Ejecución de la liquidación: balance final y reglas de reparto
 4. La reactivación. Continuación forzosa de la sociedad. Publicidad de la reactivación
 - 4.1. Reactivación de la sociedad disuelta
 - 4.2. Continuación forzosa de la actividad de la sociedad anónima disuelta por intervención del gobierno (expropiación)
 - 4.3. Publicidad de la reactivación societaria
 5. Extinción. Cancelación registral. Impugnación y reapertura del registro
- Caso práctico
Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

Pese a que la mayor parte de las sociedades se constituyan con vocación de permanencia y con carácter indefinido, es obvio que muchas de ellas no superan un período de duración relativamente corto (especialmente si tenemos en cuenta que gran parte de las empresas de nueva creación no sobreviven al tercer año de actividad y que el cese en la misma suele comportar la extinción de la sociedad que explotaba la empresa) y, en todo caso, no cabe pensar en que las sociedades se perpetúen (o, al menos, no con carácter general); por lo que el ordenamiento jurídico societario establece el procedimiento necesario para la extinción de las sociedades y regula con especial detenimiento la publicidad y los efectos que dicha extinción genera frente a terceros y frente a los socios, así como las garantías necesarias para la tutela de sus derechos. En este tema nos centraremos exclusivamente en el régimen aplicable a la extinción de sociedades de capital, que es algo más complejo y está regulado en mayor detalle que el aplicable a otros tipos societarios. El régimen básico de extinción de las sociedades de capital se encuentra en los artículos 360 a 400 del Título X (disolución y liquidación) del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley

de Sociedades de Capital (LSC) y en los artículos 238 a 248 del Capítulo VIII (De la disolución y liquidación de sociedades y del cierre de la hoja registral) del Título II (De la inscripción de los empresarios y sus actos) del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (RRM).

Las causas de disolución de las sociedades de capital son diversas (algunas voluntarias y otras obligatorias, algunas automáticas y otras subsanables o removibles por acuerdo societario) y el procedimiento de liquidación permite bastante flexibilidad para ajustarlo a las circunstancias de cada sociedad (número de liquidadores, posible liquidación en bloque, incluso mediante una cesión global de activo y pasivo, etc.), pero el procedimiento tendente a la extinción societaria es común. Para la correcta extinción de una sociedad de capital es imprescindible cumplir la siguiente secuencia: disolución, liquidación y cancelación registral (por más que algunas de estas fases puedan llevarse a cabo de manera abreviada o que, en determinados supuestos en que la sociedad no mantenga relaciones jurídicas con terceros que justifiquen la fase de liquidación, quepa desarrollar las tres fases en unidad de acto). A lo largo del procedimiento, la sociedad está abocada a la extinción, pero no está todavía extinta (esto es, conserva su personalidad jurídica; art. 371.2 LSC) y mantendrá, en alguna medida, actividad en el tráfico jurídico y económico. Por tanto, y de manera refleja al requisito de inscripción en el Registro Mercantil para la adquisición de plena personalidad jurídica por las sociedades de capital (art. 33 LSC), éstas tampoco se extinguen completamente en tanto no queden debidamente cancelados sus asientos en el Registro Mercantil (siempre a salvo de posibles reaperturas del registro en casos de incorrecta liquidación). Y, en la medida en que aún no se haya extinguido, y pese a que una sociedad de capital haya quedado disuelta y se encuentre en fase de liquidación, será posible reactivarla siempre que se cumplan determinados requisitos tendentes a evitar perjuicios para socios o terceros. En definitiva, el procedimiento de extinción de sociedades de capital está regulado de manera flexible y reversible, siempre que se salvaguarden los derechos de los socios y de terceros potencialmente afectados.

2. LA DISOLUCIÓN. CONCEPTO Y CAUSAS. FORMA Y EFECTOS. PUBLICIDAD

2.1. CONCEPTO DE DISOLUCIÓN

La disolución de una sociedad supone el primer paso en el proceso de su extinción, es decir, de su desaparición jurídica. Por tanto, la disolución de la sociedad se puede considerar como la fase que marca, sin solución de continuidad, el fin de sus actividades ordinarias y el inicio de su proceso de liquidación y posterior cancelación registral. Se trata de una fase jurídica prácticamente de tracto único, dado que la disolución en sí se limita a la constatación (por el Registrador Mercantil, la Junta General, o el Juez de lo Mercantil, dependiendo de los casos) de la concurrencia de una causa de disolución y a la declaración de la apertura de la fase de liquidación (esta sí, de tracto continuado). Por tanto, en la mayor parte de los casos, la disolución se limita a un acuerdo de Junta General por el que, ante la concurrencia de determinada causa legal o estatutaria, se decide poner en marcha el procedimiento de

extinción de la persona jurídica. No cabe, en definitiva, hablar de sociedades en disolución: bien la sociedad se encuentra alejada de las causas de disolución o aún no se ha constatado la concurrencia de las mismas, bien la sociedad ha sido disuelta y se encuentra en liquidación (*infra* 3).

2.2. CAUSAS DE DISOLUCIÓN DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES

La legislación vigente prevé tres tipos de causas de disolución de las sociedades de capital: 1) disolución de pleno derecho o *ipso iure*, 2) disolución por causa legal o estatutaria debidamente constatada por la Junta General, y 3) disolución por mero acuerdo de la Junta General. Estos tres tipos de causas reflejan la mayor o menor discrecionalidad de la sociedad de capital para acordar su propia disolución cuando concurra alguna de ellas. En el primer caso, la disolución de pleno derecho es automática e inevitable (especialmente porque la sociedad ha gozado ya de un tiempo suficiente para enervar la causa de disolución antes de su efectiva concurrencia). En el segundo caso, pese a que la disolución venga impuesta por una norma legal o estatutaria, es necesario que la causa sea debidamente constatada por la Junta General, por lo que la sociedad siempre dispone de la posibilidad de enervar la causa de disolución (mediante las modificaciones estatutarias o extraestatutarias oportunas) o, al contrario, constatar (y asumir) su propia disolución. Por último, en el tercer caso, la disolución puede acordarse sin más por la Junta General, en cualquier momento (siempre que se hayan cumplido los requisitos de convocatoria, etc. para la correcta adopción de esta decisión), si esa es la voluntad social. No obstante, en este caso, se refuerzan los requisitos de conformación de la voluntad social para tutelar los intereses de los socios minoritarios y se exige una plena protección de los acreedores sociales. Los efectos de la concurrencia de cualquiera de estos tipos de causas de disolución son fundamentalmente idénticos (*ex art.* 371.1 LSC, apertura de la fase de liquidación y sus correspondientes consecuencias, *infra* 3), pero vemos que no se despliegan del mismo modo. Conviene, por tanto, analizar cada uno de estos tipos de causas por separado.

2.2.1. Causas de disolución de pleno derecho

En primer lugar, la LSC prevé dos grupos de causas de disolución de pleno derecho. De una parte, se producirá la disolución de pleno derecho cuando una sociedad de capital declarada en concurso de acreedores entre en fase de liquidación concursal (art. 361 LSC). De otra parte, y con carácter general, el artículo 360.1 LSC establece dos causas de disolución de pleno derecho de las sociedades de capital no declaradas en concurso:

a) el *transcurso del término de duración fijado en los estatutos*, a no ser que con anterioridad hubiera sido expresamente prorrogada e inscrita la prórroga en el Registro Mercantil mediante la oportuna modificación estatutaria. En este caso se presume que, en caso de haber constituido una sociedad por tiempo determinado y habiendo tenido durante todo ese tiempo la oportunidad de modificar los estatutos para ampliar el plazo o para extender la duración de la sociedad con carácter indefinido, los socios que no lo han hecho no tienen intención de continuar en sociedad. Esta presunción es fuerte, dado que no cabrá siquiera prorrogar la sociedad mediante su reactivación (art. 370 LSC).

b) por el *transcurso de un año desde la adopción del acuerdo de reducción del capital social*

por debajo del mínimo legal como consecuencia del cumplimiento de una ley, si no se hubiere inscrito en el Registro Mercantil la transformación o la disolución de la sociedad, o el aumento del capital social hasta una cantidad igual o superior al mínimo legal. Estas situaciones pueden derivar de reducciones forzosas del capital social (como en determinados casos de amortización obligatoria de acciones o participaciones, o de ejercicio de los derechos de separación o exclusión de socios). En este caso, se permite que la sociedad mantenga *transitoriamente* un capital inferior al mínimo legal exigible para su tipo pero, transcurrido un año sin que se hubiere inscrito la transformación o la disolución de la sociedad o el aumento de su capital, la LSC no tolera la situación por mayor tiempo y determina la disolución automática de la sociedad. A esta «disolución-sanción» se añade que los administradores responderán personal y solidariamente entre sí y con la sociedad de las deudas sociales. La imposición de estas duras consecuencias deriva de la consideración del capital social mínimo como un elemento constitutivo del tipo de sociedad de capital de que se trate y, de nuevo, del agotamiento del plazo legal (de tolerancia) de un año para la corrección de esta situación. Teniendo en cuenta que existen tipos sociales sin requisito de capital mínimo (y que, en todo caso, el capital mínimo de una SRL es muy reducido), es una causa de disolución de pleno derecho relativamente fácil de evitar.

En ambos casos, el Registrador Mercantil hará constar la disolución de pleno derecho en la hoja abierta a la sociedad, de oficio o a instancia de cualquier interesado. Por tanto, sin necesidad de intervención de ningún órgano societario, la sociedad se verá disuelta y quedará, automáticamente, en estado de liquidación.

Pese a que no lo mencione la LSC, a estos dos grupos de causas de disolución de pleno derecho de los artículos 360.1 y 361 LSC hay que añadir la prevista en la Disposición Adicional 17ª de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, que determina la disolución de pleno derecho de las sociedades condenadas a cambiar de denominación social por sentencia firme que declare la violación del derecho de marca de un tercero si no se efectúan dicho cambio en el plazo de un año (desde la adquisición de firmeza de la sentencia condenatoria). En este caso de *disolución de pleno derecho por violación de la normativa marcaria*, se prevé que el Registrador Mercantil proceda de oficio a practicar la cancelación (*rectius*, la disolución, puesto que de otro modo sería imposible llevar a cabo la necesaria liquidación de la sociedad sin instar una reapertura del registro) aunque no cabe descartar que, por analogía con lo previsto en el artículo 360 LSC e identidad de razón, quepa su inscripción a instancia de cualquier interesado o, cuanto menos, a instancia del titular del derecho de marca cuya violación originó la condena (a modo de ejecución).

También hay que tener en cuenta que la reciente y profunda reforma del Código Penal ha introducido la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en virtud de la cual se puede extender la responsabilidad penal (además de la civil) a las sociedades en determinadas circunstancias y para un número limitado de delitos (art. 31 *bis* CP). En los casos en que una persona jurídica sea considerada penalmente responsable, podrán imponérsele diversas penas, previstas en el artículo 33.7 CP, entre las que se incluye la disolución de la persona jurídica. En los términos del artículo 33.7.b) CP: «*La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita*». Así, el artículo 33.7.b) CP viene a establecer una causa más de disolución de pleno derecho, que debe sumarse y recibir tratamiento homogéneo con las previstas en el artículo 360 LSC y en la disposición adicional 17ª de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

Desde un punto de vista práctico, conviene tener en cuenta que en todos los casos de disolución de pleno derecho (y a salvo de determinadas previsiones estatutarias, particularmente en el caso de la SRL) puede ser imprescindible el recurso al Juez de lo Mercantil, por ejemplo, para el nombramiento de liquidadores, puesto que la disolución determinada *ipso iure* e inscrita por el Registrador Mercantil produce plenos efectos (por ejemplo, el cese de los administradores *ex art. 374 LSC*) y podría dejar a la sociedad ante una imposibilidad real de llevar a cabo su liquidación.

2.2.2. Causas legales o estatutarias de disolución que requieren de constatación por la Junta General

Las causas legales o estatutarias de disolución previa constatación por la Junta General se enumeran en el artículo 363 LSC. Pese a que pueda parecer una enumeración cerrada (o *numerus clausus*), algunas de las causas son abiertas [sin ir más lejos, por la posibilidad de incluir cualquier causa de disolución en los estatutos sociales, *ex art. 363.1.g) LSC*] y, por tanto, se puede ampliar el listado de causas susceptibles de provocar la disolución social tanto como sea necesario para proteger el interés social. El artículo 363.1 LSC prevé que todas las sociedades de capital deberán disolverse (aunque ya veremos que se trata de un deber evitable) ante la concurrencia de alguna de las siguientes causas:

- 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. La aplicación de esta causa de disolución todavía plantea algunos problemas en los casos de divergencia entre el objeto social estatutario y el objeto social efectivo o la actividad que, de hecho, desarrolle la sociedad -en cuyo caso pueden producirse situaciones de difícil interpretación (dado que la ratio de la norma parece orientada a garantizar la actividad social y no tanto a asegurar una correspondencia entre objeto social estatutario y actividad efectiva)-.
- b) Por la *conclusión de la empresa que constituya su objeto*, que será especialmente clara cuando la empresa tenga un objeto limitado, como la explotación de una concesión de obra o servicio público, o la construcción y transmisión de una determinada infraestructura.
- c) Por la *imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social*. Esta imposibilidad puede ser tanto técnica, como fáctica (por ejemplo, porque se ponga de manifiesto la inviabilidad de la empresa que pretendía desarrollarse, por la desaparición de recursos imprescindibles para llevarla a cabo, etc.) o jurídica (p. ej., por prohibición de la actividad que constituía el objeto social). En todo caso, la apreciación de esta causa de disolución puede plantear serias dificultades, en especial por la necesidad de que la imposibilidad no sea meramente transitoria.
- d) Por la *paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento*. Conviene destacar que esta paralización debe entenderse referida exclusivamente a la Junta General (puesto que la paralización del órgano de administración siempre es salvable mediante el cese y nombramiento de nuevos administradores, o mediante un cambio en la forma de organización de la administración por parte de la Junta General). Adicionalmente, debe tratarse de una paralización relativamente estable o permanente (es decir, definitiva e insuperable) sin que quepa, por ejemplo, instar la disolución por el hecho de que en una determinada Junta no haya sido posible adoptar acuerdos sociales o por la simple impugnación y paralización de su ejecución.

e) Por *pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social* (o «pérdidas graves o cualificadas»), 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 de acreedores* (conforme a lo previsto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal). Esta causa de disolución pretende que no se mantengan en el tráfico sociedades descapitalizadas o que muestren una cierta apariencia de solvencia (por ejemplo, presentando una elevada cifra de capital social) que no se corresponda con la realidad de su situación patrimonial (aunque esta sea una circunstancia fácilmente comprobable en sus cuentas anuales, siempre que hayan sido debidamente depositadas). Conviene tener en cuenta que es una causa muy sencilla de eliminar mediante una modificación de la cifra de capital, incluso sin nuevas aportaciones, por el mero expediente de realizar un ajuste puramente contable de absorción de pérdidas. Al contrario, una de las mayores dificultades en la determinación de la concurrencia de esta causa de disolución es fijar el momento en que deba apreciarse. Claramente, concurrirá el supuesto de pérdidas cualificadas si la desproporción entre capital y patrimonio se pone de manifiesto en el momento de formular cuentas anuales (primer trimestre posterior al cierre del ejercicio contable correspondiente; *ex art. 253.1 LSC*). No obstante, cabe pensar que (por analogía con lo previsto en el art. 5 de la Ley Concursal) concurre la causa de disolución si en cualquier otro balance intermedio, balance de comprobación, de sumas y saldos, o cualquier otro estado contable de que tengan conocimiento los administradores resulta que las pérdidas sufridas hasta ese momento han dejado reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social; sin necesidad de esperar a la siguiente formulación de cuentas anuales.

f) Por *reducción del capital social por debajo del mínimo legal, que no sea consecuencia del cumplimiento de una ley*. En este caso, y a diferencia de lo previsto en la causa de disolución de pleno derecho del artículo 360.1.b) LSC, no se otorga ningún plazo de gracia para el restablecimiento de la cifra de capital. Por tanto, salvo en casos de operación acordeón en que la reducción de capital por debajo del mínimo legal va simultáneamente acompañada de un aumento de capital por encima de ese mínimo, la reducción por debajo del mínimo legal requiere que la Junta General acuerde la disolución de la sociedad (o su transformación en un tipo social sin, o con menores requisitos de capital). En caso contrario, el mismo acuerdo de reducción estaría afectado de nulidad (por vulnerar uno de los elementos esenciales del tipo societario correspondiente) y, en consecuencia, difícilmente pasaría el doble filtro de control de legalidad impuesto a Notarios (en la elevación a escritura pública del acuerdo) y Registradores (en la calificación previa a la inscripción del mismo).

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*. Esta norma pretende que la mayor parte del capital social desembolsado goce de derecho de voto, a efectos de mantener una mínima representatividad (y, por tanto, legitimidad) en la adopción de las decisiones sociales.

h) Por *cualquier otra causa establecida en los estatutos*, siempre que la causa sea válida (es decir, que no vulnere los elementos configuradores del tipo societario de que se trate y cumpla, en todo caso, los requisitos establecidos por el Código Civil para las condiciones), y haya sido incorporada a los estatutos desde la constitución de la sociedad o, posteriormente, con los requisitos reforzados de reforma estatutaria que resulten de aplicación.

Según lo previsto en el artículo 362 LSC, las sociedades de capital se disolverán por la

existencia de cualquiera de las anteriores causas legales o estatutarias *debidamente constatadas por la Junta General o por resolución judicial*. Por tanto, el requisito de constatación por la Junta se prevé con carácter general y, no obstante, se establece un sistema especial de responsabilidad por la falta de promoción de la disolución por parte de los administradores sociales que sepan o deban saber que concurre causa de disolución. Sin embargo (en tutela de los socios o terceros interesados en la efectiva disolución de la sociedad), el requisito de constatación por la Junta General no es absoluto y la LSC prevé un mecanismo específico de promoción de la disolución judicial para casos de inactividad por parte de los órganos societarios. En su régimen ordinario, el artículo 364 LSC prevé que la concurrencia de alguna de las causas previstas en el artículo 363 requerirá que la Junta General acuerde la disolución de la sociedad con la mayoría ordinaria establecida para las sociedades de responsabilidad limitada en el artículo 198 LSC, y con el quórum de constitución y las mayorías establecidas para las sociedades anónimas en los artículos 193 y 201 LSC. Es decir que, ante la concurrencia de alguna de las causas legales o estatutarias de disolución, bastará la adopción de acuerdos conforme a las mayorías propias de los acuerdos generales de junta: mayoría de los votos válidamente emitidos (sin computar los votos en blanco), siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social de la SRL; o *quóruns* no reforzados (salvo estatutariamente) del 25% del capital en primera convocatoria y sin quórum mínimo en segunda convocatoria y mayoría ordinaria de los votos de los accionistas presentes o representados en el caso de la SA.

La LSC, al permitir la adopción de acuerdos conforme a las reglas de quórum y mayoría no reforzadas, pretende facilitar que la Junta, en su caso, pueda constatar la concurrencia de la causa de liquidación. Para reforzar esta posibilidad, el artículo 365 LSC impone a los administradores un deber de convocatoria de la Junta en el plazo de dos meses desde (que conozcan o debieran haber conocido) la concurrencia de la causa legal o estatutaria de disolución para que ésta adopte el acuerdo de disolución o, si la sociedad fuera insolvente, inste el concurso de acreedores. Adicionalmente, se amplía el derecho de convocatoria y se permite que cualquier socio (con independencia de su participación en el capital) pueda solicitar de los administradores la convocatoria de la Junta si, a su juicio, concurriera alguna causa de disolución o la sociedad fuera insolvente. En todo caso, la LSC es clara al no imponer exclusivamente una decisión positiva o negativa a la Junta sobre la concurrencia de la causa de disolución, puesto que el artículo 365.2 LSC permite que la Junta General no sólo adopte el acuerdo de disolución sino que, siempre que consten en el orden del día, podrá adoptar los que sean necesarios para la remoción de la causa de disolución. Dicho de otro modo, *la constatación de la concurrencia de la causa de disolución no impone a la Junta General el deber de declarar la sociedad disuelta e iniciar su liquidación, sino que la Junta General es libre de salvar la causa de disolución concurrente si estima que la continuación de la sociedad (con las oportunas modificaciones estatutarias o extraestatutarias) es más conveniente al interés social* (no obstante, dados los especiales requisitos para la adopción de determinados acuerdos, especialmente los relativos a la modificación de la cifra de capital, su adopción puede no resultar siempre posible si no se ha tenido especial cuidado en la convocatoria).

En todo caso, si pese a esta flexibilización del funcionamiento de la Junta General no es posible constituir la o que adopte un acuerdo que constate o rechace la existencia de la causa de disolución, la LSC prevé un mecanismo alternativo de promoción de la disolución judicial

de la sociedad para evitar que la inactividad de la Junta (o su falta de convocatoria) mantengan a la sociedad incurso en causa de disolución más allá del plazo máximo previsto en la norma. Así, el artículo 366 LSC prevé que en los casos en que la junta no fuera convocada, no se celebrara, o no adoptara alguno de los acuerdos previstos en el artículo anterior (esto es, acuerdo de disolución y apertura de la liquidación o, alternativamente, acuerdo o acuerdos que sean necesarios para la remoción de la causa de disolución), cualquier interesado podrá instar la disolución de la sociedad ante el Juez de lo Mercantil del domicilio social, dirigiendo la solicitud de disolución judicial contra la sociedad. Por tanto, la legitimación no sólo se amplía a cualquier socio (haya o no instado antes la convocatoria de la Junta General a los administradores), sino de manera más importante, a cualquier acreedor o tercero que pueda mostrar un interés legítimo en la disolución de la sociedad. Adicionalmente, se refuerza el deber de los administradores de promover la disolución (que no se limita, por tanto, a la convocatoria de la Junta conforme al art. 365 LSC) y se les obliga a solicitar la disolución judicial de la sociedad cuando la Junta General adopte un acuerdo contrario a la disolución (sin remover su causa), o cuando el acuerdo de disolución, simplemente, no pudiera ser logrado (por imposibilidad de constitución o por falta de mayoría en la votación). La solicitud de disolución judicial por parte de los administradores habrá de formularse en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la Junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la Junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución (sin remover su causa) o no se hubiera adoptado.

En caso que los administradores sociales incumplan su deber de promoción de la disolución (ya sea por falta de convocatoria de la Junta conforme al art. 365.1 LSC o, en caso de resultar necesaria, por falta de solicitud de disolución judicial conforme al art. 366.2 LSC), quedarán sometidos al régimen especial de responsabilidad previsto en el artículo 367 LSC, por el que *responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución*. Hay que tener en cuenta que el propio artículo 367.2 LSC establece la presunción de que las obligaciones sociales se entenderán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior. Por tanto, *los administradores se arriesgan a garantizar solidariamente el pago de todos los acreedores sociales* (o, en caso de llevar una contabilidad adecuada, de los que hayan adquirido créditos con posterioridad a la causa de disolución) y, en definitiva, deberían tener un fuerte incentivo para someter a la consideración de la Junta (o, en última instancia, del Juez de lo Mercantil) la eventual concurrencia de cualquier causa legal o estatutaria de disolución. Esta vocación «anticipatoria» de la concurrencia de causas de disolución está en sintonía con la orientación de la Ley Concursal y descansa en la asunción de que, en caso que la sociedad se vea inmersa en una causa de disolución (o, con carácter más general, en una causa que haga dudar de la viabilidad de la empresa que explote o de su solvencia), la solución será más tuitiva de los derechos de todos los implicados cuanto antes se adopten medidas para remover dicha causa o, de no ser posible o por decidirlo así la Junta, cuanto antes se abra la liquidación.

2.2.3. Disolución por mero acuerdo de la Junta General

Por último, en atención a la naturaleza contractual de la sociedad, la LSC prevé expresamente una causa de disolución por mero acuerdo de la Junta General (equivalente, conceptualmente, a la figura del *mutuo disenso* en contratos bilaterales). Así, conforme al artículo 368 LSC, la

sociedad de capital podrá disolverse por mero acuerdo de la Junta General adoptado con los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos (es decir, teniendo en cuenta los requisitos de *quórum*s y mayorías agravadas para la adopción del acuerdo, conforme a lo dispuesto en el artículo 199 sobre mayoría legal reforzada en la SRL, y conforme a lo dispuesto en los artículos 194 y 201 para la SA). Téngase en cuenta, por tanto, que esta causa de disolución requiere una mayor representatividad de la decisión societaria, a través de los quórum>s y mayorías reforzadas que se imponen para la válida adopción de este acuerdo.

2.3. PUBLICIDAD DE LA DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES DE CAPITAL

Una vez comprobada la causa de disolución de pleno derecho, o adoptado válidamente el acuerdo de disolución (por constatación de causa legal o estatutaria, o por mero acuerdo de la Junta General), deberá darse publicidad legal a la disolución de la sociedad de capital. Conforme al régimen simplificado de publicidad de acuerdos societarios establecido por el Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo; el artículo 369 LSC exige que la disolución de la sociedad de capital se inscriba en el Registro Mercantil (de oficio, a instancia de la propia sociedad o, incluso, por mandamiento judicial, dependiendo del caso) y que el registrador mercantil remita de oficio, de forma telemática y sin coste adicional alguno, la inscripción de la disolución para su publicación en el BORME. Además, si se trata de una SA, la disolución se publicará en la página web de la sociedad o, en el caso de que ésta no exista, en uno de los diarios de mayor circulación del lugar del domicilio social.

Fuera de los casos de disolución de pleno derecho (cuya inscripción puede tener lugar sin necesidad de título alguno), la inscripción en el Registro Mercantil se llevará a cabo siempre que se presente título inscribible conforme a lo previsto en el artículo 239 RRM, que prevé que la inscripción de la disolución de las sociedades de capital por causa legal o estatutaria distinta del mero transcurso del tiempo de duración de la sociedad, se practicará en virtud de escritura pública o testimonio judicial de la sentencia firme por la que se hubiera declarado la disolución de la sociedad. En la inscripción de la disolución se harán constar, además de las circunstancias generales, la causa que la determina, el cese de los administradores, las personas encargadas de la liquidación y las normas que, en su caso, hubiere acordado la Junta General para la liquidación y división del haber social (art. 241 RRM e *infra* 3). Por último, debe tenerse en cuenta que, conforme a lo previsto en el artículo 242 RRM, cabe instar la anotación preventiva de la demanda de disolución judicial de la sociedad en aquellos casos en que se haya recurrido al mecanismo de disolución judicial (art. 366 LSC).

3. LA LIQUIDACIÓN: CONCEPTO. APERTURA Y PUBLICIDAD PERIÓDICA. NOMBRAMIENTO, FUNCIONES Y RESPONSABILIDAD DE LOS LIQUIDADORES. EJECUCIÓN DE LA LIQUIDACIÓN

3.1. LIQUIDACIÓN SOCIETARIA. APERTURA Y PUBLICIDAD PERIÓDICA

Como se ha mencionado, la disolución de la sociedad por cualquier causa conlleva la apertura de la fase de liquidación (art. 371.1 LSC). La liquidación societaria es, por tanto, la segunda fase en el procedimiento de extinción societaria y se extiende desde la inscripción del acuerdo de disolución (art. 369 LSC) y hasta la inscripción de la escritura pública de extinción (art. 396.1 LSC), a salvo de su posible reapertura limitada en caso de aparición de activo o pasivo sobrevenido (arts. 398 a 400 LSC). Se trata de una fase regulada con cierto detalle en la LSC, que prevé un sistema común de liquidación de las sociedades de capital, con independencia de la causa de disolución que la haya originado y con la única excepción de la liquidación de sociedades en el marco de un procedimiento concursal, que se realizará conforme a la Ley Concursal (art. 372 LSC). Pese a que no se establezca una duración fija para la liquidación, hay que tener en cuenta que los liquidadores podrán ser sustituidos si el proceso alcanza una duración excesiva (que el art. 389 LSC fija en tres años). Por tanto, se pretende que la liquidación societaria se desarrolle en el menor tiempo posible, pero sin liquidar apresurada o ruinosamente el patrimonio social (en línea con lo previsto en el art. 2.4.3 de la Ley Concursal). Fundamentalmente, la fase de liquidación consiste en el proceso por el que se concluyen las operaciones en curso de la sociedad, se hace líquido todo su patrimonio (esto es, se convierte en dinero), se satisface a todos los acreedores sociales y, finalmente, se reparte el patrimonio remanente entre los socios. Es, por tanto, una fase en que la gestión de la sociedad está orientada a su desaparición y en que se producen alteraciones del objeto social y del propio interés social, en aras a la obtención del mayor valor posible por el patrimonio social y a la efectiva y pronta conclusión de todas las actividades pendientes al momento de declararse la disolución de la sociedad. Por ello, y en tutela de los terceros que se relacionen con la sociedad disuelta, se refuerza la publicidad de su estado de liquidación obligándola a incluir en su denominación la expresión *en liquidación* (art. 371.1 *in fine* LSC). Recuérdese que la situación de liquidación debe hacerse constar en toda su documentación, correspondencia, notas de pedido y facturas, bajo sanción de multa (art. 24 CCom). Adicionalmente, se establecen obligaciones adicionales de publicidad periódica del avance de la liquidación. En concreto, los liquidadores deben hacer llegar periódicamente a conocimiento de los socios y de los acreedores el estado de la liquidación por los medios que en cada caso se reputen más eficaces (art. 388.1 LSC). Más aún, si la liquidación se prolongase por un plazo superior al previsto para la aprobación de las cuentas anuales, los liquidadores presentarán a la Junta General dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, las cuentas anuales de la sociedad y un informe pormenorizado que permitan apreciar con exactitud el estado de la liquidación (art. 388.2 LSC).

3.2. EFECTOS DE LA APERTURA DE LA FASE DE LIQUIDACIÓN

Una vez disuelta la sociedad, durante la fase de liquidación y pese al mantenimiento de su personalidad jurídica con todos sus atributos (art. 371.2 LSC) y al sometimiento del funcionamiento societario esencialmente a las reglas ordinarias (en todo lo que no contradigan las normas relativas a la liquidación, *ex art.* 371.3 LSC), se producen determinados efectos que restringen el ámbito de actuación de la sociedad en liquidación.

En primer lugar, se produce una *modificación o limitación implícita del objeto social*, de modo que la sociedad en liquidación debe abandonar las actividades que venía desarrollando

en su tráfico ordinario y orientarse exclusivamente a la liquidación de las operaciones en curso y a la liquidación estricta de su patrimonio (por ejemplo, no caben nuevos proyectos de inversión en fase de liquidación). No obstante, ello no implica estrictamente una modificación o sustitución del objeto social (especialmente a efectos de enervar la existencia de un eventual derecho de separación de los socios).

En segundo lugar, se produce una *sustitución del órgano de representación y gestión de la sociedad*, dado que la apertura de la liquidación implica el cese de los administradores y el nombramiento de los liquidadores, que pasan a asumir todas las funciones del órgano de administración (arts. 374 y 375 LSC; de modo que nunca conviven en una misma sociedad órgano de administración y liquidadores). En cambio, la Junta General mantiene su posición y atribuciones como órgano social, al que la LSC le atribuye expresamente la facultad de acordar «lo que convenga al interés común» a lo largo de la fase de liquidación (art. 371.3 LSC).

Por último, y como ya se ha apuntado, se altera levemente el régimen de contabilidad social (art. 388.2 LSC e *infra* 3.3.2). En definitiva, la apertura de la liquidación no genera efectos sustanciales ni sobre los acreedores sociales, ni sobre los socios (al menos en lo que respecta a su posición y facultades patrimoniales).

3.3. NOMBRAMIENTO, FUNCIONES Y RESPONSABILIDAD DE LOS LIQUIDADORES

3.3.1. Nombramiento de los liquidadores, duración del cargo, cobertura de vacantes y separación

Como se ha mencionado, uno de los efectos principales de la apertura de la fase de liquidación es la *sustitución del órgano de representación y gestión social*. Por tanto, con la apertura de la liquidación cesarán en su cargo los administradores y se extinguirá su poder de representación (art. 374.1 LSC) y, simultáneamente, los liquidadores asumirán sus funciones, debiendo velar por la integridad del patrimonio social en tanto no sea liquidado y repartido entre los socios (art. 375.1 LSC). A los liquidadores, en tanto que nuevo órgano de representación y gestión social, les serán de aplicación las normas establecidas en la LSC para los administradores sociales en todo lo que no se oponga a lo dispuesto en las normas de liquidación (art. 375.2 LSC); por lo que el régimen jurídico de los liquidadores será esencialmente idéntico al de los administradores sociales (excepto, fundamentalmente, en materia de responsabilidad *ex* art. 397, *infra* 3.3.3). Para favorecer el adecuado desarrollo de sus funciones por los liquidadores, se impone a los antiguos administradores el deber de prestar su colaboración para la práctica de las operaciones de liquidación (art. 374.2 LSC).

El *nombramiento de los liquidadores* es, salvo disposición contraria de los estatutos, por tiempo indefinido (art. 378 LSC) y se regula en el art. 376 LSC que prevé que quienes fueran administradores al tiempo de la disolución de la sociedad queden convertidos en liquidadores, salvo disposición contraria de los estatutos o, en su defecto, que los designe la Junta General al acordar la disolución. Por tanto, la regla supletoria prevé un mecanismo tendente a facilitar el desarrollo de la fase de liquidación, en la medida en que los antiguos administradores tendrán la información necesaria para llevar a cabo la liquidación del patrimonio societario de

manera inmediata. Los liquidadores podrán organizarse del mismo modo que los administradores (solidarios, mancomunados, único). Por último, debe tenerse en cuenta que, en los casos en los que la disolución hubiera sido consecuencia de la apertura de la fase de liquidación de la sociedad en concurso de acreedores, no procederá el nombramiento de liquidadores (puesto que la liquidación se llevará a cabo por los administradores concursales y conforme a las normas de la Ley Concursal, art. 376.2 LSC). La inscripción del nombramiento de liquidadores deberá ajustarse a lo previsto en el artículo 243 RRM, que permite que la inscripción del nombramiento de los liquidadores sea simultáneo o posterior a la disolución, y requiere que se haga constar su identidad y el modo en que han de ejercitar sus facultades. Adicionalmente, recuerda que el nombramiento de liquidadores sin fijación de plazo se entenderá efectuado por todo el período de liquidación.

La LSC establece reglas especiales para la *cobertura de vacantes* y flexibiliza el régimen de convocatoria de la Junta General para su nombramiento. En caso de imposibilidad de nombramiento por parte de la Junta, se prevé un cauce para la designación judicial por el Juez de lo Mercantil del domicilio social a solicitud de cualquier interesado (art. 377 LSC). También se prevén reglas especiales para la *separación de los liquidadores*, distinguiendo entre liquidadores nombrados por la propia sociedad y liquidadores nombrados judicialmente.

3.3.2. Funciones de los liquidadores

Una vez nombrados, los liquidadores ostentarán el poder de representación de la sociedad en liquidación (art. 379 LSC), que presenta algunas especialidades respecto al poder de representación de los administradores sociales. Así y salvo disposición contraria de los estatutos, el poder de representación corresponderá a cada liquidador individualmente, con independencia del modo en que se hayan organizado (a diferencia de los administradores, en los que la atribución del poder de representación debe respetar las reglas del art. 233.2 LSC, que siguen a la forma de organización del órgano de administración). Adicionalmente, el ámbito de la representación de los liquidadores se extiende a todas aquellas operaciones que sean necesarias para la liquidación de la sociedad y, por tanto, mantiene una vinculación distinta con el objeto social (llegando, probablemente, a trascenderlo) que el ámbito de representación de los administradores sociales (que, conforme al art. 234.1 LSC, se extiende «a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos»). Por último, los liquidadores podrán comparecer en juicio en representación de la sociedad y concertar transacciones y arbitrajes cuando así convenga al interés social (de modo esencialmente idéntico a los administradores, conforme al art. 233.1 LSC).

En cuanto a las *funciones vinculadas a la liquidación en sí del patrimonio social*, hay que tener en cuenta que los artículos 383 y ss. LSC imponen a los liquidadores una serie de deberes específicos, orientados al buen fin de las funciones de liquidación; a saber:

a) Deber de *formulación de un inventario y un balance de la sociedad con referencia al día en que se hubiera disuelto*, que deberán completar antes de tres meses desde la apertura de la fase de liquidación (art. 383 LSC). Este balance será especialmente importante porque, al ofrecer la imagen del patrimonio social en el momento de la disolución, servirá de patrón para valorar las tareas llevadas a cabo por los liquidadores. Para el correcto desarrollo de esta función puede resultar especialmente relevante la colaboración de los antiguos administradores, en caso de que el cargo de liquidadores no recaiga en las mismas personas.

b) Deber de *concluir las operaciones pendientes y realizar las nuevas que sean necesarias para la liquidación de la sociedad* (art. 384 LSC). En este punto, deberá tenerse especialmente en cuenta la *modificación o limitación implícita del objeto social* (*supra* 3.2), de modo que los liquidadores limiten sus actividades a lo necesario para velar por la integridad del patrimonio social en tanto no sea liquidado (art. 375.1 LSC) y, en la medida de lo posible, obtener el mayor valor (incluyendo el mantenimiento de la empresa en funcionamiento, si se prevé que la liquidación de la empresa como un todo es posible).

c) Deber de *cobro de los créditos y pago de las deudas sociales* (art. 385 LSC). Además de cobrar los créditos que la sociedad ostente frente a terceros y pagar a los acreedores sociales (conforme a las reglas que veremos *infra* 3.4), es posible que los liquidadores deban exigir a los accionistas de la SA que efectúen sus desembolsos pasivos, en la cuantía necesaria para satisfacer a los acreedores, y con independencia de que el pago de dichos desembolsos pendientes se hubieran acordado o no antes de la disolución.

d) Deberes de *llevanza de la contabilidad* de la sociedad, así como llevar y *custodiar los libros, la documentación y correspondencia* de ésta (art. 386 LSC).

e) Deber de *enajenación de bienes sociales* (art. 387 LSC). Los liquidadores deberán vender o transmitir de otro modo los bienes sociales.

f) Deber de *información a socios y acreedores, y de publicación de información periódica acerca del estado de la liquidación* (art. 388 LSC). Como ya se ha indicado, los liquidadores deben hacer llegar periódicamente a conocimiento de los socios y de los acreedores el estado de la liquidación por los medios que en cada caso se reputen más eficaces. Más aún, si la liquidación se prolongase por un plazo superior al previsto para la aprobación de las cuentas anuales, los liquidadores presentarán a la Junta General y publicarán en el BORME, dentro de los 6 primeros meses de cada ejercicio, las cuentas anuales de la sociedad y un informe pormenorizado que permita apreciar el estado de la liquidación.

g) Deber de *elaboración del balance final de liquidación* (art. 389 LSC). Una vez concluidas las operaciones de liquidación, los liquidadores deberán elaborar y someter a la aprobación de la Junta General un balance final, un informe completo sobre dichas operaciones y un proyecto de división entre los socios del activo resultante.

h) Deber de *reparto del patrimonio remanente* conforme a lo previsto en el acuerdo de la Junta General y en la LSC (arts. 391 a 394 LSC).

i) Deber de *otorgar la escritura de extinción de la sociedad* y de instar su inscripción en el Registro Mercantil (art. 395 LSC).

j) Deber (residual) de *completar las tareas de liquidación en caso de aparición de activos o pasivos sobrevenidos*, y de elevar a público e instar la inscripción en el Registro Mercantil de los documentos correspondientes (arts. 398 a 400 LSC).

3.3.3. Responsabilidad de los liquidadores

A diferencia de lo establecido para los administradores de sociedades de capital, a los que se impone un estricto régimen de responsabilidad por la causación de un daño por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo (art. 236.1 LSC); la responsabilidad de los liquidadores de

las sociedades de capital se ve sometida a patrones distintos que vienen a atenuarla (art. 397 LSC). Así, los liquidadores serán responsables ante los socios y los acreedores de cualquier perjuicio que les hubiesen causado *con dolo o culpa* en el desempeño de su cargo. Esta atenuación de responsabilidad nos parece criticable, tanto por comparación con el régimen de responsabilidad de los administradores sociales, como contrastándolo con el también estricto régimen de responsabilidad de los administradores concursales (art. 36 de la Ley Concursal, que les impone responsabilidad por los daños y perjuicios causados por los actos y omisiones contrarios a la ley o realizados sin la debida diligencia).

3.4. EJECUCIÓN DE LA LIQUIDACIÓN: BALANCE FINAL Y REGLAS DE REPARTO

Como hemos indicado, una de las funciones fundamentales (la única que justifica esta fase, de hecho) es la conversión de todo el patrimonio societario en dinero, la extinción de las obligaciones sociales mediante el pago de las correspondientes deudas y el reparto del patrimonio social remanente, en su caso, a los socios. Esta ejecución de la liquidación *en sí* es competencia de los liquidadores, que deben cobrar los créditos, pagar las deudas y enajenar los bienes sociales (arts. 385 y 387 LSC). Las reglas de cobro de créditos y de enajenación de bienes son bastante simples (*supra* 3.3.2), pero las de pago de deudas merecen alguna mayor atención. En primer lugar, se debe tener en cuenta que la apertura de la liquidación social no altera las deudas de la sociedad frente a terceros. Por tanto, los liquidadores no pueden proceder al pago inmediato de las deudas no vencidas (salvo con acuerdo de los acreedores), pero sí podrán consignarlas en una entidad de crédito del término municipal en que radique el domicilio social (art. 391.2 LSC), a efectos de poder avanzar en el proceso de liquidación y concluir la extinción de la sociedad disuelta. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que el previo pago íntegro (o la previa consignación) de las deudas sociales es un requisito ineludible para iniciar el reparto de la cuota de liquidación de los socios, de modo que se garantice plenamente que los acreedores quedan íntegramente satisfechos antes de que los socios perciban su cuota del patrimonio social. En caso que el patrimonio social fuera insuficiente para la satisfacción de todos los acreedores sociales, nos encontraríamos en una situación de insolvencia de la sociedad en liquidación, que requeriría acudir al procedimiento concursal.

Una vez satisfechos todos los acreedores sociales, el reparto del patrimonio remanente debe realizarse sobre la base del balance final de liquidación (art. 390 LSC) y con arreglo a las normas que se hubiesen establecido en los estatutos sociales o, en su defecto, a las fijadas por la Junta General (art. 391.1 LSC). En todo caso, debe tenerse en cuenta que la LSC establece algunas normas imperativas reguladoras del derecho a la cuota de liquidación. En primer lugar, y salvo disposición contraria de los estatutos sociales, la cuota de liquidación correspondiente a cada socio será proporcional a su participación en el capital social (art. 392.1 LSC). Adicionalmente, se establece una regla especial para las SA en las que existan dividendos pasivos pendientes. Así, cuando no todas las acciones se hubiesen liberado en la misma proporción, se restituirá en primer término a los accionistas que hubiesen desembolsado mayores cantidades el exceso sobre la aportación del que hubiese desembolsado menos y el resto se distribuirá entre los accionistas en proporción al importe nominal de sus acciones (art. 392.2 LSC). Esta norma pretende evitar que los diferentes desembolsos realizados por los accionistas generen un trato discriminatorio en el reparto de la

Tema 7

cuota de liquidación que resultaría contrario al principio de igualdad expresamente establecido en el artículo 97 LSC.

El efecto de esta norma se aprecia mejor con un ejemplo: Imaginemos una sociedad con un capital de 300.000 euros, dividido en 300.000 acciones. Todas las acciones son de un Euro de valor nominal, pertenecen a una única clase de acciones ordinarias, y están divididas en tres series de 100.000 acciones. Las acciones de la serie A están íntegramente desembolsadas, las acciones de la serie B están desembolsadas al 50% y las acciones de la serie C están desembolsadas al 25%. A resultas de las operaciones de liquidación, el patrimonio neto resultante es de 450.000 Euros (esto es, 1,5 veces el capital social) y no existen privilegios en materia de reparto de cuota de liquidación. Si no se produjera en primer lugar una igualación en los desembolsos, se pagaría 1,5 Euros por acción y se generaría una discriminación entre accionistas, como se pone de manifiesto en el siguiente cuadro:

Serie	Desembolso Efectivo	Cuota Liquidación	Saldo Neto
A	€ 1,00 / acc	€ 1,50 / acc	€ 0,50 / acc
B	€ 0,50 / acc	€ 1,50 / acc	€ 1,00 / acc
C	€ 0,25 / acc	€ 1,50 / acc	€ 1,25 / acc

Como vemos, al no tener en cuenta los desembolsos efectivamente realizados y repartir una cuota idéntica a los accionistas de las tres clases, se privilegia injustificadamente a los accionistas que habían realizado un menor desembolso del capital suscrito y comprometido a la financiación de la sociedad. Por tanto, para evitar esta discriminación, es necesario igualar primero a todas las series en el desembolso menor (esto es, devolver el 75% del valor nominal a los accionistas de la serie A y el 25% a los accionistas de la serie B y, posteriormente, repartir de manera homogénea el patrimonio remanente). Teniendo en cuenta que hay que devolver 75.000 Euros (75% de los 100.000 Euros de capital correspondiente a las 100.000 acciones) a los accionistas de la serie A y 25.000 Euros (25% de los 100.000 Euros de capital correspondiente a las 100.000 acciones) a los accionistas de la serie B, la base de reparto de la cuota de liquidación para todas las series será de 350.000 Euros.

Serie	Desembolso Efectivo	Devolución Desembolso	Cuota Liquidación	Saldo neto
A	€ 1,00 / acc	€ 0,75 / acc	€ 1,16 / acc	€ 0,91 / acc
B	€ 0,50 / acc	€ 0,25 / acc	€ 1,16 / acc	€ 0,91 / acc
C	€ 0,25 / acc	-	€ 1,16 / acc	€ 0,91 / acc

Así, restituyendo en primer término a los accionistas que habían desembolsado mayores cantidades (series A y B) el exceso sobre la aportación de los que habían desembolsado menos (serie C) y repartiendo el resto entre los accionistas en proporción al importe nominal de sus acciones, se otorga un tratamiento no discriminatorio acorde a las exigencias del artículo 97 LSC. En caso contrario, no habría ningún incentivo para que los accionistas de

distintas series (o clases) aceptaran realizar desembolsos en distinta proporción y, en definitiva, se introduciría una rigidez innecesaria en la estructura de financiación de las SA.

Además de estas normas de reparto de la cuota de liquidación (en cuanto a su cuantía), deben tenerse en cuenta reglas adicionales relativas al *contenido del derecho a la cuota*. En relación con el contenido del derecho a la cuota de liquidación (art. 393 LSC), debe tenerse en cuenta que salvo acuerdo unánime de los socios, éstos tendrán derecho a percibir la cuota resultante de la liquidación *en dinero*. No obstante, los estatutos podrán establecer en favor de alguno o varios socios el derecho a que la cuota de liquidación les sea satisfecha mediante la *restitución de las aportaciones no dinerarias realizadas o mediante la entrega de otros bienes sociales*, si subsistieren en el patrimonio social, que serán apreciadas en su valor real al tiempo de aprobarse el proyecto de división entre los socios del activo resultante. En este caso, los liquidadores deberán enajenar primero los demás bienes sociales y si, una vez satisfechos los acreedores, el activo resultante fuere insuficiente para satisfacer a todos los socios su cuota de liquidación, los socios con derecho a percibirla en especie deberán pagar previamente en dinero a los demás socios la diferencia que corresponda.

Por último, en relación con el *momento en que debe realizarse el pago* por parte de los liquidadores, debe tenerse en cuenta que la posible impugnación del balance final de liquidación (que cabe en los 2 meses siguientes a su aprobación, art. 390.2 LSC) paralizaría el reparto de la cuota de liquidación. Esto es así porque el artículo 394.1 LSC establece que se procederá al pago de la cuota de liquidación a los socios una vez transcurrido el término para impugnar el balance final de liquidación sin que contra él se hayan formulado reclamaciones, o una vez devenga firme la sentencia que las hubiese resuelto. Por tanto, la litigiosidad asociada a la aprobación de la cuota de liquidación impide el pago (aunque no parece que quepa oponer reservas a la posibilidad de adoptar medidas cautelares consistentes en el pago parcial de la cuota de liquidación cuando la impugnación se refiera exclusivamente al reparto entre socios y exista una cuantía cierta e indiscutida que corresponda a cada uno de ellos). Por último, y para impedir que la fase de pago efectivo de la cuota de liquidación se prolongue en exceso y demore la efectiva extinción de la sociedad (*infra* 5), se prevé que las cuotas de liquidación no reclamadas en el término de los 90 días siguientes al acuerdo de pago se consignarán en la Caja General de Depósitos, a disposición de sus legítimos dueños (art. 394.2 LSC).

4. LA REACTIVACIÓN. CONTINUACIÓN FORZOSA DE LA SOCIEDAD. PUBLICIDAD DE LA REACTIVACIÓN

4.1. REACTIVACIÓN DE LA SOCIEDAD DISUELTA

Como hemos adelantado, *en la mayor parte de los casos, el proceso de disolución y liquidación societaria es reversible*. De igual manera que, inicialmente, la sociedad gozaba de la alternativa de remover la causa de disolución concurrente o acordar su propia disolución (salvo en los casos limitados de disolución de pleno derecho, en que no cabe desvirtuar la disolución *ipso iure*); a lo largo de la fase de liquidación y en tanto no se haya iniciado el reparto del patrimonio remanente entre los socios, la Junta General retiene la facultad de

paralizar el proceso de extinción social y reactivar la sociedad. Esta posibilidad es conveniente por varios motivos de eficacia procesal y de flexibilidad en la regulación societaria. Puede ocurrir que los socios tarden en conseguir eliminar la causa de disolución que haya concurrido (especialmente si se requiere nueva financiación para la sociedad, o si es necesario buscar alternativas a la estructura de propiedad que haya llevado a la paralización de la Junta General, o cambiar el modelo de negocio que se había agotado o había devenido de imposible realización). También es posible que algunas causas de disolución desaparezcan de manera sobrevenida (incluso por casualidad o por circunstancias no controlables, tales como la declaración de licitud de una actividad recientemente prohibida). En todos estos casos, obligar a los socios a completar la liquidación y extinción de la sociedad y a (re)constituir de nuevo la sociedad parecería una rigidez innecesaria en la legislación societaria y, en todo caso, podría generar una pérdida injustificada de recursos (incluyendo la doble imposición en la devolución de las aportaciones al capital y la nueva aportación a la sociedad de nueva constitución). Por tanto, la posibilidad de reactivación de la sociedad disuelta es un interesante mecanismo de flexibilización de la normativa societaria que requiere, fundamentalmente, que las ventajas generadas para los socios que quieran reactivar la sociedad no mermen los derechos de los acreedores y demás socios que ya estaban inmersos en el proceso de liquidación y extinción social. Precisamente la tutela de estos derechos será la principal preocupación de la LSC en materia de reactivación.

El artículo 370 LSC establece las condiciones en que una sociedad en liquidación podrá reactivarse. En concreto, la LSC prevé que la Junta General podrá acordar el retorno de la sociedad disuelta a la vida activa siempre que: 1) haya desaparecido la causa de disolución, 2) el patrimonio contable no sea inferior al capital social y 3) no haya comenzado el pago de la cuota de liquidación a los socios. Estas condiciones establecen requisitos de carácter acumulativo y, por tanto, la imposibilidad de satisfacer cualquiera de ellas impedirá la reactivación societaria. En todo caso, y para evitar situaciones de fraude de ley, el propio artículo 370.1 LSC es claro en establecer que *no podrá acordarse la reactivación en los casos de disolución de pleno derecho*. Esta restricción es conforme con la ausencia de discrecionalidad de la sociedad en caso de concurrencia de una causa de disolución de pleno derecho (de nuevo, por el plazo que la sociedad ya ha tenido para enervar la efectividad de estas causas de disolución, *supra* 2.2.1).

En los casos de reactivación, y en aras de tutelar los intereses de todos los implicados, la LSC impone determinadas restricciones que deberán respetarse de manera ineludible. Por una parte, y con independencia de la regla de mayoría aplicable al acuerdo que haya dado lugar a la disolución, *todo acuerdo de reactivación se adoptará con los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos* (es decir, teniendo en cuenta los requisitos de quórum y mayorías agravados para la adopción del acuerdo, conforme a lo dispuesto en el artículo 199 sobre mayoría legal reforzada en la SRL, y conforme a lo dispuesto en los artículos 194 y 201 para la SA). Por otra parte, *los socios que no voten a favor de la reactivación tienen derecho a separarse de la sociedad* (art. 370.3 LSC) [recuérdese que el art. 346.1.c) prevé la reactivación como causa legal de separación de los socios y que, por tanto, la separación del socio se regirá por las normas de los arts. 353 a 359 LSC, entre las que se incluyen algunas diferencias de régimen para el caso de la SRL y la SA, especialmente en materia de responsabilidad del socio separado]. Por último, *los acreedores sociales podrán oponerse al acuerdo de reactivación en las mismas condiciones y con los mismos efectos previstos en la ley para el caso de reducción del capital* (art. 370.4 LSC). Aunque la LSC no lo indique, y en

la medida en que la única reducción de capital que implica la existencia de un derecho de oposición para los acreedores es la de la SA en caso de devolución de aportaciones, debe considerarse que el régimen aplicable a este derecho de oposición es el de los artículos 334 y 336-337 LSC. Por tanto, tendrán el derecho de oponerse a la reactivación los acreedores de la sociedad reactivada cuyos créditos 1) hayan nacido antes de la fecha del último anuncio del acuerdo de reactivación, siempre que 2) no hayan vencido en ese momento y 3) hasta que se les garanticen tales créditos. Lógicamente, los acreedores cuyos créditos se encuentren ya suficientemente garantizados no gozarán de este derecho. El derecho de oposición habrá de ejercitarse en el plazo de un mes a contar desde la fecha del último anuncio del acuerdo de reactivación. En cuanto a sus efectos, en caso de ejercicio del derecho de oposición, la reactivación social no podrá llevarse a efecto hasta que la sociedad preste garantía a satisfacción del acreedor o, en otro caso, hasta que notifique a dicho acreedor la prestación de fianza solidaria por una entidad de crédito debidamente habilitada para prestarla por la cuantía del crédito de que fuera titular el acreedor y hasta tanto no prescriba la acción para exigir su cumplimiento.

4.2. CONTINUACIÓN FORZOSA DE LA ACTIVIDAD DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA DISUELTA POR INTERVENCIÓN DEL GOBIERNO (EXPROPIACIÓN)

Un supuesto especial de reactivación (*rectius*, de continuación forzosa de la actividad), es el previsto en el artículo 373 LSC, que prevé la posible intervención del Gobierno en casos de disolución de SA o, de modo más claro, la *posibilidad de expropiación de la sociedad anónima disuelta por interés social o de la economía nacional*. Según esta norma, a instancia de accionistas que representen, al menos, la quinta parte del capital social, o del personal de la empresa, y siempre que el Gobierno lo juzgue conveniente para la economía nacional o para el interés social, podrá acordar por Real Decreto la continuación de la sociedad anónima. Dicho Real Decreto concretará la forma en que la sociedad anónima habrá de subsistir y las compensaciones que, al ser expropiados de su derecho, han de recibir los accionistas. En todo caso, el Real Decreto reservará a los accionistas, reunidos en Junta General, el derecho a prorrogar la vida de la sociedad y a continuar la explotación de la empresa, siempre que el acuerdo se adopte dentro del plazo de tres meses, a contar de la publicación del Real Decreto. Pese a que la LSC no indique nada al respecto, y por la necesidad de suplir la laguna legal que genera el artículo 373.2 LSC, entendemos que cabe exigir que los requisitos para la adopción de este acuerdo de reactivación *sui generis* sean los mismos que los aplicables al acuerdo de reactivación por voluntad social (art. 370 LSC), que ya hemos analizado. En todo lo relativo a la fijación de la compensación (justiprecio) y otras cuestiones estrictamente expropiatorias (y, de nuevo, pese a la ausencia de indicación alguna en el art. 373 LSC), entendemos que resultan aplicables (en la medida posible) las previsiones generales de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa. En todo caso, desde una perspectiva pragmática, hay que dejar constancia de la escasa efectividad del régimen excepcional previsto en el artículo 373 LSC.

4.3. PUBLICIDAD DE LA REACTIVACIÓN SOCIETARIA

Pese a que la LSC no establezca una norma expresa en cuanto a la *publicidad de la*

inscripción de la reactivación, existen razones suficientes para someter la publicidad de la reactivación a los mismos requisitos que la disolución, esto es, a la publicidad establecida en el artículo 369 LSC; de modo que la reactivación de la sociedad de capital disuelta se inscriba en el Registro Mercantil (a instancia de la propia sociedad, en este caso) y que el Registrador Mercantil remita de oficio, de forma telemática y sin coste adicional alguno, la inscripción de la reactivación para su publicación en el BORME. Dicho acuerdo debe ir, eso sí, necesariamente acompañado del nombramiento de administradores y el cese de los liquidadores (*ex art. 242.2.4 RRM*).

5. EXTINCIÓN. CANCELACIÓN REGISTRAL. IMPUGNACIÓN Y REAPERTURA DEL REGISTRO

Una vez completada la liquidación *en sí* (esto es, una vez satisfecha la cuota de liquidación a los socios en los términos ya vistos), la extinción de la sociedad de capital deberá completarse mediante la elevación a público de la escritura de extinción, su inscripción en el Registro Mercantil (conforme al art. 247 RRM) y, definitivamente, la cancelación de los asientos registrales relativos a la sociedad extinguida. En este sentido, la LSC impone específicamente a los liquidadores el deber de *otorgar escritura pública de extinción de la sociedad* (art. 395 LSC). A la escritura se incorporarán el balance final de liquidación y la relación de los socios, en la que conste su identidad y el valor de la cuota de liquidación que les hubiere correspondido a cada uno (como veremos, esta relación de socios será especialmente importante en caso de aparición de pasivos sobrevenidos). La escritura de extinción de la sociedad deberá ser objeto de *inscripción en el Registro Mercantil* (art. 396 LSC). En la inscripción se transcribirá el balance final de liquidación y se hará constar la identidad de los socios y el valor de la cuota de liquidación que hubiere correspondido a cada uno de ellos, y *se expresará que quedan cancelados todos los asientos relativos a la sociedad*. Los liquidadores depositarán en el Registro Mercantil los libros y documentos de la sociedad extinguida. Recuérdese que este es, precisamente, el momento en que la sociedad queda definitivamente disuelta y desaparece del tráfico jurídico con plena eficacia frente a terceros (sujeto, en todo caso, a las reglas de oponibilidad derivada de la publicación de la extinción de la sociedad y cancelación registral en el BORME, *ex art. 9 RRM*).

No obstante, pese a haber completado el proceso de liquidación, es posible que con posterioridad a la cancelación registral de la sociedad aparezcan activos o pasivos sobrevenidos que requieran de actuaciones complementarias de la liquidación previa. La LSC establece reglas expresas para ambos casos sin que, con carácter general, sea necesaria la reapertura del Registro Mercantil para llevarlos a cabo. Así, en caso de *aparición sobrevenida de activos o bienes sociales* con posterioridad a la cancelación de los asientos relativos a la sociedad, los liquidadores deberán adjudicar a los antiguos socios la cuota adicional que les corresponda, previa conversión de los bienes en dinero cuando fuere necesario (art. 398.1 LSC y art. 248 RRM). En caso que los liquidadores no lleven a cabo estas operaciones complementarias de la liquidación del activo en los 6 meses siguientes, o cualquier interesado podrá solicitar del juez del último domicilio social el nombramiento de persona que los sustituya en el cumplimiento de sus funciones (art. 398.2 LSC). Al contrario, en caso de *aparición sobrevenida de pasivos*, los antiguos socios responderán solidariamente de las

deudas sociales no satisfechas hasta el límite de lo que hubieran recibido como cuota de liquidación (art. 399.1 LSC). Adicionalmente, y en mayor garantía de los acreedores preteridos, la responsabilidad de los socios se entiende sin perjuicio de la responsabilidad de los liquidadores (que se acumula, art. 399.2 LSC). En caso de insuficiencia de las cuotas percibidas por los socios para hacer frente al pasivo sobrevenido, se dará una situación de insolvencia de la sociedad extinguida que puede requerir la declaración del correspondiente concurso de acreedores. Por último, a efectos de *evitar la reapertura del Registro Mercantil con posterioridad a la cancelación de los registros relativos a la sociedad extinguida*, el artículo 400 LSC prevé que para el cumplimiento de requisitos de forma relativos a actos jurídicos anteriores a la cancelación de los asientos de la sociedad, o cuando fuere necesario, los antiguos liquidadores podrán formalizar actos jurídicos en nombre de la sociedad extinguida con posterioridad a su cancelación registral. En defecto de liquidadores, cualquier interesado podrá solicitar la formalización por el juez del domicilio que hubiere tenido la sociedad.

CASO PRÁCTICO

format:sangrado:izq

La sociedad CompraVIP, SA fue constituida por tres socios con idénticas participaciones en Madrid en noviembre de 2009, con un capital social de noventa mil Euros y con el propósito de desarrollar una plataforma de venta on-line de cosméticos. Las cuentas anuales relativas al ejercicio 2010, aprobadas en junio de 2011, indicaban unas pérdidas acumuladas de treinta y ocho mil Euros, que el administrador único de la sociedad justificó por los costes de lanzamiento y por la dura competencia de las tiendas on-line de los grandes distribuidores y por otras plataformas comerciales parecidas a las de CompraVIP. En noviembre de 2011, preocupado por la marcha del proyecto, uno de los socios solicita al administrador que elabore unas cuentas provisionales, para hacerse una idea de la situación antes de fin de ejercicio. Al elaborarlas, queda patente que las pérdidas han dejado el patrimonio de la sociedad reducido a cerca de diez mil Euros. Las proyecciones comerciales y de tesorería son preocupantes y el administrador, en Junta Universal constituida urgentemente el 2 diciembre de 2011 a la vista de la última información contable, indica a los socios que duda que el proyecto pueda superar el mes de febrero de 2012. Salvo que la campaña de ventas de navidad sea buena (cosa que espera), parece que la sociedad no podrá hacer frente a sus compromisos financieros a partir de esa fecha. Los socios acuerdan por unanimidad esperar a la evolución de la campaña de ventas de navidad antes de tomar una decisión relativa a la disolución o no, para lo que se emplazan a una nueva Junta Universal el día 10 de enero de 2012.

format:sangrado:izq

En vista del anterior supuesto de hecho, determine si la actuación del administrador único y de los socios es conforme a la LSC o no. En caso contrario, determine si existe causa de disolución; en su caso, desde cuando concurre; en su caso, si queda algún deber pendiente sobre el administrador y/o los socios antes de ver cómo se desarrolla la campaña de ventas de navidad; y, en su caso, determine las responsabilidades en que todos o algunos de ellos puedan haber incurrido hasta la fecha.

BIBLIOGRAFÍA

format:sangrado:fran

BATALLER, J., «Comentarios a los artículos 360 a 370 LSC», en ROJO-BELTRÁN (Dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Madrid, Civitas, 2011, Tomo II, págs. 2531-2590.

format:sangrado:fran

BELTRÁN, E., «Comentarios a los artículos 371 a 394 LSC», en ROJO-BELTRÁN (Dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Madrid, Civitas, 2011, Tomo II, págs. 2591-2703.

format:sangrado:fran

EIZAGUIRRE, J. M., *La disolución de la sociedad de responsabilidad limitada*, Estudios de Derecho Mercantil núm. 48, Madrid, Civitas, 2000.

format:sangrado:fran

MERCADAL VIDAL, F., «La liquidación de la sociedad anónima», en ARROYO, EMBID y GORRIZ (Coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 2ª ed, Madrid, Tecnos, 2009, Vol. III, págs. 2549-2718.

format:sangrado:fran

MOYA BALLESTER, J., *El procedimiento de disolución y liquidación en la Ley de sociedades de capital*, Madrid, La Ley, 2011.

format:sangrado:fran

MOYA JIMENEZ, A., *Disolución, liquidación y transformación de sociedades de capital*, Barcelona, Bosch, 2009.

format:sangrado:fran

PILÓNETA, L. M., «Comentarios a los artículos 395 a 400 LSC», en ROJO-BELTRÁN (Dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Madrid, Civitas, 2011, Tomo II, págs. 2704-2750.

format:sangrado:fran

SEQUEIRA MARTÍN, A., «La disolución de la sociedad anónima», en ARROYO, EMBID y GÓRRIZ (Coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 2ª ed, Madrid, Tecnos, 2009, Vol. III, págs. 2465-2548.

TEMA 8

Títulos Valores

RAFAEL BUDI HURTADO

Profesor de Derecho Mercantil. Universidad Pontificia Comillas

SUMARIO

1. Los títulos valores

- 1.1. Concepto de los Títulos valores
- 1.2. Clases de Títulos valores
- 1.3. Alternativa al uso de los Títulos-valores

2. La letra de cambio

- 2.1. Concepto y función económica de la Letra de cambio
- 2.2. Creación, requisitos formales y sujetos de la Letra
 - 2.2.1. La creación de la Letra
 - 2.2.2. Requisitos formales de validez
 - 2.2.3. Sujetos que pueden intervenir en la Letra
- 2.3. La aceptación de la Letra de cambio
 - 2.3.1. Concepto y forma de la aceptación
 - 2.3.2. Clases y efectos de la aceptación. Consecuencias de la negativa a aceptar la Letra
- 2.4. El endoso de la Letra
 - 2.4.1. Concepto, sujetos y forma del endoso
 - 2.4.2. Clases y efectos del endoso
 - 2.4.2.1. Endoso pleno
 - 2.4.2.2. El endoso limitado
- 2.5. El aval de la Letra
 - 2.5.1. Concepto, sujetos y forma del aval
 - 2.5.2. Clases y efectos del aval
- 2.6. Cláusulas facultativas de la Letra de cambio
- 2.7. El vencimiento, la presentación y el pago voluntario de la Letra
 - 2.7.1. El vencimiento de la Letra
 - 2.7.2. La presentación al pago
 - 2.7.3. El pago voluntario de la Letra. Forma y efectos del pago
- 2.8. El impago de la Letra
 - 2.8.1. Consecuencias de la falta de pago voluntario
 - 2.8.2. Constatación del impago
 - 2.8.3. La reclamación judicial de la Letra

3. El cheque

- 3.1. Concepto y función económica del cheque
- 3.2. Requisitos formales de validez y sujetos del cheque
- 3.3. Clases de cheques
- 3.4. El endoso y el aval del Cheque
- 3.5. La presentación y el pago del Cheque. Consecuencias de su impago y reclamación judicial

4. El pagaré

- 4.1. Concepto y función económica del pagaré
- 4.2. Requisitos de validez y sujetos del Pagaré
- 4.3. Clases de pagarés
- 4.4. Régimen jurídico de funcionamiento del Pagaré

Caso práctico

Anexo

Bibliografía

-

1. LOS TÍTULOS VALORES

-

1.1. CONCEPTO DE LOS TÍTULOS VALORES

Los Títulos valores son documentos formales que tienen incorporado un derecho de contenido económico, que se configura de manera independiente de la causa que los genera, y cuyo ejercicio está vinculado jurídicamente a la posesión del documento.

El concepto amplio mencionado, permite encuadrar entre los Títulos valores no solo los que contemplan obligaciones o derechos de crédito, tales como la Letra de cambio, el Cheque o el Pagaré, sino también otros que hacen referencia a distintas situaciones jurídicas a las que nos referimos en la clasificación que se expone en el epígrafe siguiente.

-

1.2. CLASES DE TÍTULOS VALORES

No hay una única clasificación de los Títulos valores. En primer lugar, podemos distinguirlos por la forma de transmitirse, en cuyo caso se puede hablar de Títulos al portador, Títulos nominativos y Títulos a la orden. Los primeros se transmiten por la simple entrega del documento, de tal manera que la posesión del título al portador crea una apariencia de titularidad del derecho y de legitimación al cobro, aunque la doctrina y la jurisprudencia coinciden en señalar que la entrega material del Título debe suponer la existencia de un derecho para la efectiva transmisión de la propiedad. Por su parte, en los Títulos nominativos, para producir la transmisión y poder exigir el pago es necesario, junto con la entrega material del documento, ser la persona designada en el Título. Finalmente, en los denominados Títulos a la orden, se exige, para su transmisión, la declaración formal de su Tenedor en el Título y la coincidencia de que quien lo transmite sea el último designado en una cadena regular de endosos.

Además de la clasificación anterior y sin perjuicio de que existan otras clasificaciones de menor interés, es relevante al objeto de nuestro estudio, la clasificación que se refiere a los Títulos por el derecho que incorporan, dentro de la cual podemos distinguir tres clases:

Títulos de tradición. Otorgan a su titular el derecho a exigir al emisor de los mismos la entrega de una mercancía o cosa determinada, e indican el lugar en el que se produce esa entrega, como son, por ejemplo, los resguardos de depósito de mercancías en los almacenes generales, las cartas de porte o el conocimiento de embarque.

Títulos de participación. Son los que conceden a su Tenedor el derecho a ser socio de una sociedad mercantil o a participar en una determinada Entidad; el ejemplo más típico de estos son las acciones de las sociedades anónimas.

Títulos de crédito. Conceden a su Tenedor legítimo el derecho a cobrar una cantidad de dinero determinada en el título; dentro de estos cabe mencionar los que van a ser objeto de nuestro estudio en este Tema: la Letra de cambio, el Cheque y el Pagaré.

-

1.3. ALTERNATIVA AL USO DE LOS TÍTULOS-VALORES

Los Títulos valores en general atraviesan en nuestros días una cierta crisis que se deriva fundamentalmente de su masificación y consiguiente dificultad de manejo físico de los mismos. Se puede afirmar que hay una paulatina tendencia a la sustitución de los documentos impresos en papel por otros instrumentos, como las anotaciones en cuenta, que permiten representar la misma función que el documento mediante la incorporación de los derechos a soportes informáticos. De esta forma, los derechos que tradicionalmente se vienen incorporando al documento, constan en anotaciones en cuenta o relacionados en dichos soportes, los cuales, con las debidas garantías que prestan las Entidades que los custodian y tratan informáticamente, permiten esa función sustitutiva del documento e incluso la obtención por los titulares de los derechos, caso en que lo precisen, de certificaciones acreditativas de su condición.

2. LA LETRA DE CAMBIO

2.1. CONCEPTO Y FUNCIÓN ECONÓMICA DE LA LETRA DE CAMBIO

La Letra de cambio es un Título valor que emite una persona llamada Librador, mediante la cual ordena a otra persona, llamada Librado, la realización de un pago determinado en dinero, a favor de la persona que sea tenedora legítima de la Letra, en la fecha de vencimiento indicada en la misma.

La Letra de cambio es el Título valor de crédito más completo desde un punto de vista funcional y formal, de tal manera que su estudio permite una fácil comprensión de los otros dos Títulos valores de crédito que son objeto de este Tema: el Cheque y el Pagaré, a los que luego nos referiremos. Por ello dedicaremos a la Letra mayor atención, considerando que hay bastantes aspectos del régimen jurídico de esta que son de aplicación, por remisión, al Cheque y al Pagaré. La regulación legal de la Letra de Cambio en España se contiene en la Ley 19/1985 de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque (LC).

Examinamos a continuación cuales son las funciones de la Letra desde un punto de vista económico, contemplando las distintas causas o motivos por los que se puede crear.

1ª. Instrumento de pago de deudas. La Letra puede servir simplemente como instrumento de pago de una deuda dineraria por un deudor a su acreedor. En estos casos el Librado (deudor), a quien se dirige la orden de pago, pone su firma aceptando la Letra, es decir asume la obligación de pago convirtiéndose en aceptante de la misma. Mediante la aceptación, se puede deducir, como regla general, que el Librado ha recibido lo que se denomina «provisión de fondos», que equivaldría a la contraprestación por la aceptación de la Letra. V. gr. el vendedor de unas mercancías entrega las mismas (provisión de fondos), y emite la Letra, solicitando del comprador que la acepte, lo que este admite como instrumento de pago del precio de la compraventa.

2ª. Concesión de crédito. La Letra es también un instrumento para conceder crédito si se utiliza como instrumento de pago aplazado de una obligación, de tal manera que la posdatación de la fecha de vencimiento sobre la de libramiento (emisión) de la Letra, ya supone en sí misma la concesión de crédito al deudor. V. gr. el vendedor y el comprador

acuerdan un aplazamiento en el pago del precio, a cuyo fin se libra la Letra, por lo que mediante el vencimiento a una fecha posterior se está concediendo un crédito por el primero al segundo.

3ª. Instrumento financiero. En tercer lugar, las Letras de cambio sirven como forma de obtención de financiación por las empresas mediante la vinculación de las mismas a un contrato de descuento, de manera que el acreedor de la Letra puede obtener anticipadamente su importe, normalmente en una Entidad de crédito, generalmente, aunque no necesariamente, un Banco. El descuento es un endoso (*vid.* 2.4), mediante el cual el Tenedor, acreedor de la Letra, la cede a un tercero mediante la entrega de la misma y este le adelanta el dinero antes de la fecha de vencimiento, aplicando, a cambio del adelanto, un tipo de interés o porcentaje sobre el importe de la Letra cuyo equivalente en dinero resta de lo que entrega, de ahí el nombre de descuento. Respecto del descuento debe señalarse también, que es el tercero que descuenta, (generalmente un Banco), como nuevo Tenedor de la Letra, quien será el nuevo titular del derecho que la Letra incorpora.

4ª. Instrumento de garantía. Finalmente, la Letra también puede ser un instrumento de garantía. En primer lugar porque puede ser un instrumento que refuerza la reclamación judicial de un crédito (*vid.* 2.8), más allá de la protección que otorga la documentación mercantil habitual: contratos, facturas, albaranes. En segundo lugar, en el terreno de las operaciones de préstamo, en particular bancarias, se puede utilizar como cobertura o garantía de operaciones de concesión de crédito.

En nuestros días la Letra de cambio ha perdido importancia hasta el punto que, al igual que puede hablarse de una crisis de los Títulos valor, podemos también hablar de una crisis particular de la Letra, en lo que se refiere al uso generalizado de la misma. Entre las causas por las que la Letra ha perdido importancia podemos destacar dos. En primer y principal lugar debido a que hay otros instrumentos que cumplen alternativamente las funciones tradicionales de la Letra. Basta pensar en el Pagaré de cuenta corriente, al que luego nos referiremos, que es un Título valor que puede cumplir las funciones principales de la Letra, en concreto es un instrumento generalizado para pagos aplazados, si bien funcionalmente más simple que la Letra. También puede mencionarse al respecto, la existencia de otros instrumentos alternativos de obtención de descuento o aseguramiento del pago por los empresarios en sus operaciones mercantiles sin necesidad de emitir Letras o Pagarés, como puede ser el factoring con financiación, que se hace de manera colectiva y con descuento de facturas que tienen vencimientos posdatados, o el confirming, en el que se garantiza el pago aplazado de facturas por el Banco del deudor al acreedor y con posibilidad de adelanto a este del cobro antes del vencimiento de las mismas. En segundo lugar, la concesión de crédito entre empresarios mediante el aplazamiento de pago en las operaciones mercantiles realizadas entre ellos, está regulada en la actualidad mediante límites temporales máximos que pueden afectar también al menor uso de los instrumentos de pago aplazados en el ámbito empresarial, y en particular a la Letra. En este sentido citamos la Ley 3/2004 de 29 de diciembre en la redacción dada por la Ley 15/2010, de 5 de julio, de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales que prohíbe el pactar pagos aplazados superiores a sesenta días después de la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios, sin que este plazo de pago máximo pueda ser ampliado por acuerdo entre las partes, en aquellas operaciones comerciales realizadas entre empresas o entre empresas y las Administraciones públicas. Estas dos circunstancias: existencia de instrumentos mercantiles alternativos y limitación legal en la concesión de crédito entre empresarios derivado de relaciones comerciales, suponen, en la

práctica, factores que restringen el uso de las Letras de cambio, en el ámbito de las relaciones empresariales.

-

2.2. CREACIÓN, REQUISITOS FORMALES Y SUJETOS DE LA LETRA

-

2.2.1. La creación de la Letra

La creación de la Letra se hace por la persona que la compra y la emite llamada Librador. La compra de la Letra se realiza en España generalmente en los estancos, y el importe de la misma equivale al denominado timbre que figura en el documento en la parte superior derecha, que no es otra cosa que el justificante del pago del Impuesto de Actos Jurídico Documentados al que luego nos referiremos. La causa por la que se crea la Letra dependerá de la función económica que esta vaya a desempeñar, según ya vimos.

El título o documento en que consiste la Letra, está en el modelo oficial que se reproduce en el Anexo A de este Tema 8. Este modelo oficial está aprobado por Orden del Ministerio de Hacienda de 30 de junio de 1999. En dicho modelo aparecen configurados los requisitos básicos que deben aparecer en la Letra, para que se cumplimenten por los sujetos que pueden intervenir en ella.

-

2.2.2. Requisitos formales de validez

La Letra de cambio es un documento formal que debe contener una serie de menciones esenciales y obligatorias para que pueda ser válida como tal, y cuya ausencia puede suponer la nulidad de la misma. Así se indica expresamente en la Ley cambiaria (art. 1 LC), cuando enumera tales requisitos, que son:

1º. La denominación de Letra de Cambio inserta en el texto del documento y expresado en el mismo idioma empleado en su redacción.

2º. La orden pura y simple de pagar una cantidad de dinero en euros o moneda determinada con cotización oficial en euros.

3º. Nombre del que debe pagar, denominado Librado.

4º. Indicación de la fecha de vencimiento.

5º. Lugar donde debe efectuarse el pago. Se entiende por lugar el domicilio, que puede ser el de un tercero, generalmente, pero no necesariamente, suele ser un Banco.

6º. Nombre de la persona a quien debe efectuarse el pago, llamado Tomador.

7º. Fecha y lugar donde se emite la Letra.

8º. La firma del que emite la Letra, denominada Librador.

Si bien son exigibles estos requisitos, la propia Ley determina (art. 2 LC), algunas excepciones a la regla general de exigencia formal y obligada de los mismos, de tal manera que, después de señalar que el documento que carezca de alguno de esos requisitos no se considerara Letra de cambio, exceptúa de esa declaración los siguientes supuestos:

a) La Letra sin fecha de vencimiento. La Letra de cambio cuyo vencimiento no esté indicado, se considera pagadera a la vista, es decir en el momento de su presentación al cobro.

b) La Letra sin lugar de domicilio de pago. Si no se indica específicamente este domicilio, se entenderá como lugar de pago de la Letra el designado junto al nombre del Librado

c) La Letra sin lugar de emisión. Si no se indica el lugar de emisión, se entenderá emitida en el lugar designado junto al nombre del Librador.

Además de esas menciones, debe tenerse también en cuenta, en este aspecto formal, lo siguiente:

- Cuando en una Letra de cambio figure escrito el importe de la misma en letra y en número pero la cantidad expresada en una y otra forma sea distinta, será válida la cantidad escrita en letra. La Letra de cambio cuyo importe este escrito varias veces por cantidad diferente, ya sea en letra, ya sea en números, será válida por la cantidad menor (art. 7 LC)

- Es posible incluir clausulas facultativas en la Letra (vid. 2.6), que son todas las menciones legales puestas en la Letra por voluntad de los sujetos que intervienen en la misma y distintas de las indicadas.

- La letra se expide como ya dijimos, según el modelo oficial, en el que se incluye el timbre, cuyo importe, corresponde al pago del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados a que está obligatoriamente sometida la Letra (artículo 33 del texto refundido de la Ley del referido impuesto: RD 1/1993, de 24 de septiembre). Conviene precisar desde este momento que los Pagarés y los Cheques solo pagan este impuesto caso en que se endosen, es decir cuando cumplen una función de giro, siendo así que si se utilizan como mero instrumento de un pago y no se transmiten no tributarán por el mencionado impuesto. El importe del timbre depende del importe de la Letra, conforme a una tabla regulada en el citado impuesto, de ahí que haya que tener en cuenta en el momento de comprarla que importe va a figurar en la misma. Supuesto de no pagar el impuesto en la cuantía determinada en la Ley, la Letra perdería su fuerza ejecutiva (art. 37 RD 1/1993) (vid. 2.8).

- Cuando la extensión de las menciones que figuren en la Letra así lo exijan, podrá ampliarse el documento en que consta la Letra, incorporando un suplemento por medio de una hoja adherida en la que se identifique la misma y en la que podrán hacerse constar cualesquiera menciones previstas en la presente Ley, con excepción de las enumeradas en el artículo primero, que deberán figurar en el documento en que se creó la Letra (art. 13 LC).

- La Ley permite extender varios ejemplares o copias de una Letra. Esto es poco utilizado en la práctica y su finalidad es, bien poder transmitir la Letra mientras el Librado la acepta o un avalista la avala, o bien asegurarse ante una posible pérdida de la Letra.

2.2.3. Sujetos que pueden intervenir en la Letra

En el examen que se ha hecho en los epígrafes anteriores sobre la creación y los requisitos de validez de la Letra, ya se mencionaron los principales sujetos que intervienen en la misma.

Ahora bien, conviene a la mejor comprensión de la Letra, enunciar estos sujetos y en particular las relaciones económicas que puede haber entre ellos.

Librador. Es la persona que emite la Letra y da la orden de pago de la misma al Librado. El Librador también garantiza el pago de la Letra, sin que sea posible que quede exonerado de la garantía de pago frente a cualquier acreedor de la misma (art. 11 LC).

Librado. Es la persona a cuyo cargo el Librador extiende la Letra, es decir quien en primer lugar ha de hacerse cargo de pagar su importe, es por tanto el primer y directo deudor de la Letra.

Aceptante. Es el Librado una vez que firma la Letra aceptándola, lo que supone que da su conformidad expresa al pago de la misma a la fecha de su vencimiento (art. 33 LC).

Tomador. Es la persona que en primer lugar pasa a ser acreedor de la Letra. Es el primer Tenedor de la misma. Si faltase la mención de esta persona en la Letra, sería un documento al portador.

Tenedor. Es la persona que tiene la Letra y es acreedora de la misma. Puede haber sucesivos tenedores en virtud de la transmisión de la Letra mediante endoso.

Endosante y endosatario. El Endosante es la persona que transmite y el Endosatario es la persona a quien se transmite la Letra.

Avalista y avalado. El Avalista es la persona que garantiza el cumplimiento de pago de la letra y el Avalado es la persona a favor de quien se presta el aval.

Domiciliatario. Es quien tiene la función de admitir y gestionar el pago de una Letra, por indicación del Librado (generalmente un Banco). A falta de este, la Letra se entiende domiciliada y debe pagarse en el domicilio del Librado.

Confusión de sujetos. Existe la posibilidad de que sujetos que intervienen en la Letra en distinta posición sean las mismas personas, en cuyo caso suele hablarse de confusión de sujetos. En particular, se da esta situación de confusión de sujetos cuando el Librador es la misma persona que el Tomador de la Letra, por ejemplo: el vendedor de unas mercancías es quien compra la Letra y la emite, es decir firma como Librador de la misma, pero además aparece como Tomador, ya que es el acreedor de la obligación que nace de la Letra, es decir cobrar el precio; en este caso se puede indicar que la Letra se libra «a la propia orden». Otro supuesto de confusión es cuando el Librador y el Librado son la misma persona, por ejemplo: el comprador de unas mercancías es quien compra la Letra y la emite, es decir firma como Librador, pero además aparece como Librado, aceptando la letra como compromiso de pago del precio; en este caso se puede indicar que la Letra se libra «al propio cargo».

-

2.3. LA ACEPTACIÓN DE LA LETRA DE CAMBIO

-

2.3.1. Concepto y forma de la aceptación

La aceptación es la manifestación que hace el Librado en la Letra, por la que expresa su voluntad de pagarla. Mediante la aceptación el Librado se convierte en el obligado directo y principal al pago de la Letra y responde de su obligación ante cualquier Tenedor de la misma

(art. 33 LC). La aceptación es, por tanto, una declaración que puede hacerse después de crear la Letra y hasta la fecha del vencimiento de la misma (art. 25 LC). Debe tenerse en cuenta que la aceptación no es un requisito de creación de la Letra, es decir, la Letra existe como tal aunque el Librado no la acepte. Excepcionalmente, cabe también que la Letra pueda ser aceptada por una persona que, sin estar expresamente indicada en ella, intervenga por cuenta de cualquier obligado cambiario en vía de regreso, lo que supone la incorporación de un tercero, mediante lo que se llama aceptación por intervención, al vínculo de la obligación cambiaria. La regulación legal de la aceptación de la Letra se contiene en los artículos 25 a 34 de la LC.

La forma de la aceptación es simple y debe hacerse en el título mismo, bastando que el Librado firme en el anverso de la Letra, generalmente junto al término «ACEPTO» (vid. Anexo A), y entregue la Letra a quien se la presentó a la aceptación (art. 29 LC).

Si bien no es imprescindible, puede ponerse también la fecha de la aceptación junto a la firma del aceptante, en cuyo caso esta fecha será el día inicial para el cómputo del vencimiento de la Letra si esta tiene vencimiento a un plazo desde la vista (vid. 2.7). Debe también señalarse que es posible aceptar la Letra por una cantidad limitada, inferior al importe reflejado en ella (art. 30 LC).

-

2.3.2. Clases y efectos de la aceptación. Consecuencias de la negativa a aceptar la Letra

Si atendemos a la causa por la que el Librado acepta la Letra, puede señalarse que, generalmente, la aceptación responde, como ya indicamos, a la existencia de una relación negocial previa de tipo comercial o mercantil entre los sujetos que intervienen en la misma, por lo que podríamos hablar de una aceptación con causa en relaciones comerciales o mercantiles. En estos casos, es decir cuando la Letra responde a una realidad económica, se ha llegado a hablar impropriamente de Letras de aceptación obligatoria, en la medida en que si el Librado ha recibido provisión de fondos (contraprestación por la aceptación de la Letra), en el momento que es presentada por el tenedor solicitando la aceptación, debiera aceptarla; ahora bien, la realidad es que este planteamiento solo puede afirmarse cuando el Librado, habiendo recibido la provisión de fondos, convino de alguna manera aceptar la letra que le fuere girada por su acreedor, ya que, de no ser así, ningún deudor puede ser forzado a transformar su obligación de causal en cambiaria mediante la aceptación de la Letra.

Frente al supuesto más común expuesto en el párrafo anterior: Letras aceptadas con causa en una relación económica presidida por una contraprestación real, puede ocurrir que el Librado acepte la Letra sin una causa distinta al simple favor que realiza al Librador. De esta forma, se genera una Letra aceptada que acrece la confianza de quien la toma, sin otra causa distinta que el mero favor, produciendo el efecto de dar a la Letra una mayor confianza y permitir que esta circule (v. gr. mediante el descuento de la misma en un Banco). Esta Letra recibe el nombre de Letra de favor, la cual se admite como válida, ya que es un negocio jurídico cuya causa es el denominado pacto de favor, aunque desde un punto de vista económico el importe de la Letra pueda ser arbitrario al no responder a la recepción de un contravalor por una operación comercial o mercantil real. Conviene en este punto referirnos a la situación anómala y considerada fraudulenta, consistente en la emisión de Letras de cambio cruzadas, también llamadas letras pelota o papel de colusión, en la que las Letras son aceptadas como favor recíproco por dos o más personas. En este caso, el descuento de uno de los libradores,

utilizando Letras con la firma de las otras personas, servirá para hacer frente al pago de los efectos girados a su cargo por los otros participantes. Generalmente esta práctica ilegal se instrumenta a través del descuento de esas Letras con cargo a líneas de descuento abiertas en Bancos, lo que permite descontar con facilidad las mismas hasta un límite prefijado en la línea de descuento que se contiene en el contrato suscrito con el Banco.

Además de referirnos, como acabamos de hacer, a la aceptación en función de la causa que la produce, también es posible hacer una distinción en razón de considerar si la Letra tiene o no que ser obligatoriamente presentada a la aceptación. En este sentido podemos distinguir los siguientes supuestos: a) Letras de presentación facultativa. Es el supuesto general de la aceptación, ya que es el Tenedor de la Letra quien facultativamente puede decidir la presentación de la Letra a la aceptación (art. 25. LC); b) Letras de necesaria presentación a la aceptación. Son aquellas en las que el Tenedor debe realizar la presentación a la aceptación en el plazo fijado por la Ley o por el Librador, como ocurre por ejemplo en el caso de las Letras giradas a un plazo desde la vista (art. 27 LC), o las Letras en las que el Librador establece un plazo para presentar la letra a la aceptación (art. 26 LC); y c) Letras de prohibida presentación a la aceptación. Son aquellas en las que el Librador así lo ordena por escrito, lo que puede hacer, salvo que la letra sea pagadera en el domicilio de un tercero, o en una localidad distinta de la del domicilio del Librado, o se trate de una letra girada a un plazo desde la vista (art. 26, párrafo segundo LC).

En cuanto a los efectos de la aceptación y las consecuencias de la no aceptación, debe señalarse en primer lugar que si el Tenedor de la Letra la presenta al Librado para su aceptación y es aceptada, el Librado se convierte en el obligado cambiario principal y directo a su pago. El aceptante asume una obligación dotada de gran rigor procesal y no podrá negarse al pago el día de su vencimiento, porque el Tenedor de la letra, aun sin protesto, podrá ejercitar contra él la acción cambiaria directa (vid. 2.8).

Si presentada la Letra al Librado, este no la acepta no se convertirá en obligado a pagarla, ya que esta condición de deudor cambiario únicamente se adquiere por la aceptación mediante la firma en la Letra. Ahora bien, dado que la decisión del Librado de no aceptar la letra presupone la negativa a pagarla el día de su vencimiento, la LC permite en este caso al Tenedor dirigirse contra el Librador o los endosantes para exigir el pago de la Letra no aceptada, si levanta el correspondiente protesto por falta de aceptación, al que luego nos referiremos (vid. 2.8).

-

2.4. EL ENDOSO DE LA LETRA

-

2.4.1. Concepto, sujetos y forma del endoso

El endoso es la forma usual y típica de transmisión de la Letra. Por el endoso se transmite la Letra y los derechos a ella incorporados. Consiste en una declaración de voluntad que hace el Tenedor de la Letra, quien la firma en el reverso y en el espacio reservado para ello: «Páguese a» (vid. Parte inferior del Anexo A), procediendo a la entrega de la Letra a su nuevo Tenedor. El endoso es una forma sencilla de transmitir la Letra ya que permite sin notificación a ningún otro sujeto interviniente en la Letra y sin ningún otro requisito formal a salvo la simple firma del transmitente y la entrega de la Letra, que esta circule con facilidad. Precisamente la Letra

ha venido siendo muy utilizada debido a la facilidad de su transmisión mediante el endoso. La regulación legal del endoso de la Letra se contiene en los artículos 14 a 24 de la LC.

En el endoso intervienen el Endosante o transmitente, que es el Tenedor de la Letra, el cual ocupa la posición de acreedor de la misma y por tanto legitimado para transmitirla, y el Endosatario que es la persona a quien se transmite la Letra.

El endoso debe ser total, puro y simple, por lo que toda condición que subordine el endoso se considerará no escrita. En consecuencia el endoso condicionado y el endoso parcial son nulos. Sin embargo, sí se admite legalmente el denominado endoso en blanco, que es el que no designa al endosatario o consista simplemente en la firma del endosante; y el endoso al portador que equivale a un endoso en blanco (arts. 15 y 16 LC). Frente al endoso en blanco se suele hablar de un endoso completo que es cuando sí se designan los datos del Endosatario.

En cuanto al momento de hacer el endoso debe tenerse en cuenta que el endoso puede realizarse en cualquier momento hasta que la Letra haya sido pagada, y por tanto incluso después del vencimiento, si bien este no podrá ser realizado por el aceptante, y producirá los mismos efectos que un endoso anterior. Sin embargo, el endoso posterior al protesto o a la declaración equivalente por falta de pago (vid. 2.8), o al vencimiento del plazo establecido para levantar el protesto no producirá otros efectos que los de una cesión ordinaria, a la que luego brevemente nos referiremos (art. 23 LC). El endoso sin fecha se considerará hecho antes de terminar el plazo fijado para levantar el protesto, salvo prueba en contrario.

El endoso se puede prohibir por el Librador de la Letra mediante la cláusula: «no a la orden» o una expresión equivalente (vid. 2.6).

-

2.4.2. Clases y efectos del endoso

Independientemente de que en el epígrafe anterior hayamos hecho referencia a distintos tipos de endoso, en particular atendiendo a la forma en que este se hace: endoso en blanco o endoso al portador, la clasificación del endoso que aquí nos interesa atiende a sus efectos y distingue dos tipos: el endoso pleno que es aquel en que se transmite la Letra con todos los derechos contenidos en la misma, y el endoso limitado que, como a continuación veremos, tiene efectos más reducidos.

-

2.4.2.1. Endoso pleno

Los efectos del endoso pleno son los siguientes:

1º. Efecto traslativo o de transmisión de la propiedad de la Letra. Supone que el Tenedor, endosante de la Letra transmite su propiedad al endosatario con todos los derechos incorporados en la letra, ocupando este, a partir del endoso, la posición de acreedor de la Letra que aquel tenía (art. 17 LC).

2º. Efecto de legitimación. Mediante este, el Endosatario, como adquirente de la Letra y nuevo tenedor y acreedor de la misma, está legitimado para su cobro cuando justifique su derecho por una cadena no interrumpida de endosos, aunque el último este en blanco (art. 19 de la LC).

3º. Efecto de garantía. Este efecto supone que con la firma del Endosante se refuerza el crédito de la Letra aumentando el número de obligados cambiarios a su pago, ya que el Endosante, salvo cláusula en contrario, garantiza la aceptación y el pago frente a los Tenedores posteriores de la Letra (art. 18 LC).

-

2.4.2.2. El endoso limitado

Como hemos dicho, este endoso tiene efectos reducidos frente a lo que acaba de decirse del endoso pleno. Los tipos de endoso limitado dependen del contenido de la limitación; así podemos distinguir los siguientes:

1º. Endoso de apoderamiento o para cobro. En este caso el Endosante no transmite la propiedad de la Letra al Endosatario. Se puede emplear en estos endosos las formulas de «valor al cobro», «para cobranza», «por poder» o cualquier otra fórmula equivalente que implique un simple mandato; en cuyo caso no se transmite la propiedad de la letra, sino solo la posesión de la misma a un mandatario (por ejemplo, un Banco), para que gestione su cobro (art. 21 LC). En este endoso el Endosatario no tiene posición jurídica autónoma y se le pueden oponer excepciones derivadas del contrato causal antecedente del que fue parte el endosante. No hay que confundir el endoso de apoderamiento con la adquisición del valor de la Letra a través del contrato de descuento formalizado a través de un endoso pleno, mediante el cual, el que descuenta (generalmente un Banco), asume una posición jurídica propia, y no como mandatario de su cliente.

2º. Endoso de garantía. En este supuesto de endoso, el Endosante entrega la Letra en garantía del cumplimiento de una obligación. Se manifiesta mediante la mención «valor en garantía» o «valor en prenda». Mediante este endoso, la titularidad plena de la Letra no la adquiere el Endosatario, ya que es un acreedor del Endosante con un crédito garantizado con un derecho real de prenda. En este caso el Tenedor puede ejercitar los derechos que se deriven de la misma, como presentarla al pago o a la aceptación, pero el endoso hecho por él, sólo valdrá como comisión de cobranza (art. 22 LC).

Finalmente, debe señalarse que es posible la cesión de la Letra por un procedimiento distinto del endoso, lo que se denomina cesión ordinaria de la Letra. En este caso el cedente transmitirá al cesionario todos los derechos, en los términos previstos en los artículos 347 y 348 del Código de Comercio, y el cesionario tendrá derecho a la entrega de la letra. Es importante conocer, por lo esencial del principio, que, según esos artículos, como regla general, los créditos mercantiles no endosables ni al portador, se pueden transmitir por el acreedor sin necesidad de consentimiento del deudor, bastando notificar a este la transmisión por un medio fehaciente. El deudor del crédito quedará obligado para con el nuevo acreedor en virtud de la notificación, y desde que tenga lugar no se reputará pago legítimo sino el que se hiciere a éste. Por su parte el transmitente del crédito responderá de la legitimidad del mismo y de la personalidad con que hizo la cesión; pero no de la solvencia del deudor, a no mediar pacto expreso que así lo declare.

-

2.5. EL AVAL DE LA LETRA

-

2.5.1. Concepto, sujetos y forma del aval

El aval consiste en una declaración de voluntad que hace una persona, denominada Avalista, garantizando el pago de la Letra mediante su firma en la misma. El aval es por tanto una garantía específica de cumplimiento de la obligación cambiaria que representa la Letra. La regulación legal del aval se contiene en los artículos 35 a 37 de la LC.

En el aval interviene el Avalista de la Letra, que es quien garantiza su importe y el Avalado que es la persona a quien se garantiza. Esta garantía puede prestarla un tercero o también un firmante de la Letra (art. 35 LC). Respecto del Avalado, debe tenerse en cuenta que en el aval puede indicarse a quien se avala y, a falta de esta indicación, se entiende que el aval se ha concedido a favor del Aceptante y, en defecto de este, a favor del Librador (art. 36 LC).

En cuanto a la forma del aval, tiene que realizarse mediante la firma del Avalista puesta en la Letra, sin que pueda prestarse el aval en documento separado. Existe en el reverso de la Letra un espacio específico previsto para el aval: «Por aval de» (vid. Parte inferior del Anexo A), si bien sería válido el que se pusiera el aval en otra parte de la Letra, de tal manera que la Ley prevé que la simple firma de una persona puesta en el anverso de la Letra de cambio vale como aval, siempre que no se trate de la firma del Librado o del Librador.

En cuanto al momento de prestar el aval, puede incluso realizarse después del vencimiento y denegación de pago de la Letra, siempre, claro está, que al otorgarse no hubiere quedado liberado ya el Avalado de su obligación cambiaria (art. 35 LC).

-

2.5.2. Clases y efectos del aval

Podemos distinguir el denominado *aval pleno*, que es cuando se garantiza por el Avalista el cumplimiento íntegro de la obligación de pago de la Letra, y el *aval limitado* que es cuando se limita la garantía que otorga el aval a una cantidad inferior al importe de la Letra.

En cuanto a los efectos del aval, el Avalista responde de igual forma que el Avalado del pago de la Letra. Por tanto, el Avalista responde bien directamente o en vía de regreso (vid. 2.8), según responda su Avalado. Si bien lo anterior, la obligación que asume el Avalista de pago de la letra es autónoma de la del Avalado, en tanto que, aunque responde de igual manera que el avalado, no puede oponer las excepciones personales de éste. De igual manera la posición autónoma del Avalista es consecuencia de que el aval es válido aunque la obligación garantizada fuese nula por cualquier causa que no sea la de vicio de forma (art. 37 LC).

Finalmente, debe señalarse que cuando el Avalista paga la letra de cambio adquiere los derechos derivados de ella contra la persona avalada y contra los que sean responsables cambiarios frente a él, de tal manera que, una vez pagada la Letra por el Avalista y en su poder, podría reclamarla a dichos responsables (art. 37 LC, párrafo segundo).

-

2.6. CLÁUSULAS FACULTATIVAS DE LA LETRA DE CAMBIO

Las cláusulas facultativas son aquellas que se pueden poner en la Letra y no son alguna de las contempladas como requisitos generales de la misma (vid. 2.2.). Estas cláusulas son admitidas expresamente por la ley (art. 2 LC), y responden al principio general de permitir que los

sujetos que intervienen en la Letra adapten esta a las circunstancias que quieren reflejar en la misma. La mención de las cláusulas debe hacerse en la Letra, a cuyo fin hay un espacio para ello: «cláusulas» (vid. Anexo A). A efectos descriptivos de la naturaleza y contenido de estas cláusulas destacamos, por su mayor frecuencia de uso, las siguientes:

Cláusula «no a la orden», o cualquiera otra indicación equivalente escrita en la Letra. Mediante esta cláusula (art. 14 LC), se elimina la posibilidad de endosarla, de tal manera que cuando el Librador la haya escrito en la Letra, está no será transmisible, sino en la forma y con los efectos de una cesión ordinaria, a lo que ya nos referimos al ver el endoso de la Letra.

Cláusula de «devolución sin gastos o sin protesto», o cualquier otra indicación equivalente escrita en la Letra. Mediante esta cláusula (art. 56 LC), se dispensa al Tenedor de la Letra de levantar el protesto por falta de aceptación o pago para poder reclamar la Letra en vía de regreso (vid. 2.8). Generalmente la pone en la Letra el Librador, en cuyo caso, produce sus efectos con relación a todos los firmantes; pero puede también ponerla un endosante o avalista, en cuyo caso solo causará efecto con relación a quien la pone. Cuando a pesar de la cláusula insertada por el Librador, el portador mande levantar el protesto, los gastos que el mismo origine serán de su cuenta. Si la cláusula procediere de un endosante o de un avalista, los gastos de protesto, en caso de que se levante, serán de cuenta de estos.

Cláusula «con protesto». Mediante esta cláusula el Librador exige expresamente en la Letra el levantamiento del protesto notarial.

Cláusula de intereses convencionales. Por esta cláusula, en una Letra pagadera a la vista o a un plazo desde la vista, podrá disponer el Librador que la cantidad correspondiente devengue intereses. El tipo de interés anual deberá indicarse en la letra y, a falta de esta indicación, la cláusula correspondiente se considerará como no escrita. Los intereses comenzarán a devengarse a partir de la fecha en que se libre la letra de cambio mientras no se indique otra fecha a este efecto (art. 6 LC).

-

2.7. EL VENCIMIENTO, LA PRESENTACIÓN Y EL PAGO VOLUNTARIO DE LA LETRA

-

2.7.1. El vencimiento de la Letra

El nacimiento de la obligación de pago del importe de la Letra viene dado por la fecha de vencimiento de la misma. El día del vencimiento y, por tanto, del inicio de la presentación al cobro de la Letra se concreta en el texto de la misma; a tal fin hay un apartado en el modelo oficial (vid. Anexo A).

La Ley (artículo 38 LC), permite utilizar cuatro formas para determinar la fecha de vencimiento de la Letra, que pasamos a examinar:

1ª. A fecha fija y determinada. Es la fórmula más utilizada y sencilla de determinar la fecha de vencimiento, pues consiste en indicar el día, mes y año en que la letra vence.

2ª. A la vista. En este caso, la Letra vence el día en el que su Tenedor decide presentarla al Librado (se suele utilizar la fórmula: «a la vista»). Así, es el Tenedor, acreedor de la Letra, quien decide el momento de presentación y de vencimiento (art. 39 LC). La Ley señala que,

en este caso, el Tenedor de la Letra deberá presentarla para que se pague dentro del año siguiente a la fecha de libramiento, si bien el Librador puede haber acortado este plazo o fijar uno más largo en el momento de emitir la letra, y los endosantes también pueden acortarlo cuando hacen el endoso. El Librador podrá disponer también que una Letra pagadera a la vista no se presente al pago antes de una determinada fecha. En este caso, el plazo para la presentación se contará desde dicha fecha.

3ª. A un plazo contado desde la fecha. Cuando el plazo de vencimiento es desde la fecha, el vencimiento de la letra se produce el día en que se cumplen los días o meses señalados en la Letra (ej. «a 30 días fecha»). El día inicial del cómputo del plazo es el siguiente a la fecha del libramiento de la Letra: si el plazo se indica en días, empieza a computarse desde el día siguiente a la fecha del libramiento de la Letra; si el plazo es en meses se computan los meses de fecha a fecha, y caso en que no existiera día equivalente al inicial del cómputo, vencería el último del mes (art. 41 LC). Si el día de vencimiento fuera inhábil, vencerá el siguiente día hábil.

4ª. A un plazo contado desde la vista. El vencimiento se produce el día en que se cumplen los días o meses señalados en la Letra (ej. «a 30 días vista»). En este caso, a diferencia del anterior, el día inicial del cómputo del plazo es el siguiente a la fecha de la aceptación de la Letra por el Librado (vista de la letra). Caso en que no aparezca la fecha en el lugar de la aceptación, el cómputo del plazo será desde el siguiente a la fecha del protesto o declaración equivalente por falta de aceptación (art. 40 LC). A falta de protesto o declaración equivalente, toda aceptación que no lleve fecha se considerará, que ha sido puesta el último día del plazo señalado para su presentación a la aceptación; en cuanto al plazo para la presentación a la aceptación, el art. 27 LC señala que: «Las letras de cambio a un plazo desde la vista deberán presentarse a la aceptación en el término de un año a partir de su fecha. El Librador podrá acortar este último plazo o fijar uno más largo. Estos plazos podrán ser acortados por los endosantes».

-

2.7.2. La presentación al pago

La Letra es un título que requiere para su pago que se presente y ofrezca su entrega como justificante o recibo del importe de la misma, de ahí que la Ley exija determinadas formalidades para su presentación al pago una vez que ha vencido. Examinamos en este epígrafe el momento, el lugar y la forma de presentación al pago de la Letra, así como las consecuencias de su no presentación en los plazos y forma debidos.

Momento de la presentación. El tenedor de una letra de cambio pagadera en día fijo o a un plazo a contar desde la fecha o desde la vista, deberá presentarla al pago en el día de su vencimiento, o en uno de los dos días hábiles siguientes (art. 43 LC). A falta de presentación al pago de la letra de cambio en el plazo citado, todo deudor tendrá la facultad de consignar su importe en depósito a disposición del tenedor judicialmente o en una Entidad de crédito o Notario (art. 48 LC).

Lugar de la presentación. El lugar de presentación al pago de la Letra será el que señale la misma. Ahora bien, si no se dice nada en la Letra, se entiende como lugar de pago el que aparezca designado junto al nombre del Librado. En la práctica lo más frecuente es domiciliar el pago de la Letra fuera del domicilio del Librado, concretamente en una cuenta bancaria de este, donde la Letra pueda ser pagada independientemente de quien sea el tenedor que la

presente al cobro una vez venza. De esta forma se facilita el pago de la Letra en el lugar de la Entidad de crédito domiciliataria. Lugar de presentación al cobro y lugar de pago son, pues, coincidentes.

Forma de la presentación. La presentación debe hacerse por el Tenedor de la Letra o portador legitimado mediante la exhibición de la Letra misma. Cuando se trate de Letras domiciliadas en una cuenta abierta en una Entidad de crédito, su presentación a una cámara o sistema de compensación equivaldrá a su presentación al pago. Cuando la Letra se encuentre en poder de una Entidad de crédito, la presentación al pago podrá realizarse mediante el envío al librado con anterioridad suficiente al día del vencimiento, de un aviso conteniendo todos los datos necesarios para la identificación de la letra, a fin de que pueda indicar sus instrucciones para el pago (art. 43 LC).

La consecuencia más grave de la no presentación al pago de la Letra debidamente, es que el Tenedor, aun manteniendo la posibilidad de ejercer la acción cambiaria directa contra el aceptante, pierde la posibilidad de ejercer las acciones cambiarias contra los obligados en vía de regreso (vid. 2.8) (arts. 49 y 63 LC).

-

2.7.3. El pago voluntario de la Letra. Forma y efectos del pago

El supuesto normal es que el aceptante pague la Letra cuando se presente para su pago debidamente y llegada la fecha de vencimiento. El pago voluntario debe hacerse en la moneda indicada en la letra que, de no ser euros, debe ser convertible y admitida a cotización oficial en euros, en los términos establecidos en la Ley (art. 47 LC). En el momento de pago de la Letra se puede exigir la entrega de la misma (art. 45 LC).

En cuanto a los efectos del pago de la Letra son distintos dependiendo de quién sea el obligado que lo realiza; así, si quien paga es el Librado se extinguen las obligaciones de todos los firmantes de la letra, si paga un Endosante se extinguen las obligaciones de todos los endosantes posteriores, pero no las de los endosantes anteriores, ni la del Librador, ni la del Librado aceptante, contra quienes puede el que haya pagado reclamar el pago; si paga el Librador se extinguen todas las obligaciones menos la del librado- aceptante, de quien aquel podrá exigir el pago. Finalmente, si el pago lo realiza un Avalista, se extinguen todas las obligaciones que hubieran quedado extinguidas si el pago lo hubiera realizado su Avalado, y aquel podrá reclamar el pago a éste y a sus deudores cambiarios.

En cuanto al pago de un importe parcial de la Letra es posible hacerlo sin que el Tenedor pueda rechazarlo y se podrá exigir que el pago parcial se haga constar en la Letra y se dé recibo del mismo (art. 45 LC).

-

2.8. EL IMPAGO DE LA LETRA

Examinamos en este epígrafe el supuesto patológico consistente en que la Letra no se pague por el Librado-aceptante llegada la fecha de su vencimiento.

-

2.8.1. Consecuencias de la falta de pago voluntario

Vencida la Letra y presentada debidamente al cobro, caso en que no sea pagada voluntariamente por el aceptante, el Tenedor de la misma, como acreedor de su importe, puede reclamarla a través del ejercicio de alguna de las acciones judiciales que contempla la Ley.

La reclamación de la Letra impagada puede realizarse por el Tenedor, como acreedor de la misma, frente a todas las personas que la hayan librado, aceptado, endosado o avalado ya que su responsabilidad es solidaria frente a aquel (art. 57 LC). En otras palabras, esto supone un especial reforzamiento en la garantía de pago de la Letra. Este mismo derecho corresponderá a cualquier firmante de una Letra que la haya pagado por lo que podrá dirigirse a los demás sujetos que estén obligados frente a él, en los términos ya examinados (vid. 2.7.3). Igualmente debe señalarse que la reclamación intentada contra cualquiera de las personas obligadas no impedirá que se proceda contra las demás responsables. En cuanto al los conceptos e importes que el Tenedor puede reclamar, una vez que la Letra resulta impagada, la Ley (artículo 58 LC), permite reclamar a la persona a quien se demande, las siguientes cantidades:

1. El importe de la letra de cambio no aceptada o no pagada, con los intereses que en ella puedan haberse indicado.

2. Los réditos de la cantidad anterior devengados desde la fecha de vencimiento de la letra, calculados al tipo de interés legal del dinero incrementado en dos puntos. Debe recordarse que el tipo aplicable como interés legal del dinero, lo fija anualmente la Ley de Presupuestos generales del Estado; para el año 2015 es el 3,50 % anual. El tipo de interés legal del dinero es el que se aplica, como regla general, en concepto de indemnización por daños y perjuicios en los casos de demora en el cumplimiento de pago de una obligación dineraria (art. 1108 Código Civil).

Por su parte, el firmante de la Letra que pague su importe al Tenedor, puede, a su vez, reclamar de las personas que sean responsables frente a él (v. gr. el avalista que paga, a su avalado). En este caso, la Ley (artículo 59 LC), permite reclamar:

1. La cantidad íntegra que haya pagado.

2. Los intereses de dicha cantidad, calculados al interés legal del dinero, aumentando en dos puntos, a partir de la fecha de pago.

3. Los gastos que haya realizado.

-

2.8.2. Constatación del impago

La LC establece que para el caso en que la Letra no se pague a la fecha de su vencimiento, se pueda constatar fehacientemente que la misma se ha presentado al cobro y no ha sido pagada. Igualmente ocurre cuando hay una falta de aceptación de la Letra por el Librado, una vez que no firma la aceptación.

La Ley prevé un procedimiento que permite constatar tanto la falta de aceptación como la falta de pago de la Letra, que se llama protesto (art. 51 a 53 LC), y que consiste en un acta que levanta un notario en la que se reproduce la Letra y en la que se indica que se le ha presentado la Letra y que no ha sido aceptada o pagada a la fecha de su vencimiento. El protesto por falta de pago debe hacerse dentro de los ocho días hábiles siguientes a la fecha de vencimiento, y si es por falta de aceptación dentro de los plazos fijados para la aceptación o de los ocho días

hábiles siguientes. El acta la notifica el notario al Librado y le da un plazo hasta el segundo día hábil siguiente a la notificación para que comparezca en su despacho y pueda hacer las manifestaciones que considere oportunas referidas al impago.

Alternativamente al protesto notarial y con sus mismas consecuencias, la Ley permite constatar la presentación al pago y la falta de este mediante dos procedimientos alternativos que pueden sustituir al protesto (art. 51 LC). Uno es la llamada declaración cambiaria, que consiste en una declaración que conste en la propia Letra, firmada y fechada por el Librado en la que se deniegue la aceptación o el pago. El otro procedimiento es la declaración, con los mismos requisitos, del Domiciliatario o, en su caso, de la Cámara de Compensación bancaria, en la que se deniegue el pago, que se hace mediante un sello puesto en la Letra haciendo constar que esta no se ha pagado. Estos procedimientos son válidos salvo que el Librador haya exigido expresamente en la Letra el levantamiento del protesto notarial en el espacio reservado a las cláusulas facultativas. En todo caso la declaración del Librado, del Domiciliatario o de la Cámara de Compensación deberá ser hecha dentro de los plazos establecidos para el protesto notarial.

El Tenedor deberá comunicar la falta de aceptación o de pago a su Endosante y al Librador dentro del plazo de ocho días hábiles (artículo 55 LC). Este plazo se computará de la forma siguiente: 1. En el caso de protesto notarial, desde la fecha del mismo. 2. En el caso de la declaración sustitutiva del protesto, desde la fecha que en ella conste. 3. En el caso de la cláusula de devolución *sin gastos* desde la fecha de la presentación de la Letra. Dentro de los dos días hábiles siguientes a la fecha en que el Endosante haya recibido la comunicación, deberá a su vez comunicarlo a su Endosante, indicándole los nombres y direcciones de aquellos que hubieren dado las comunicaciones precedentes. La misma obligación corresponderá a todos los Endosantes hasta llegar al Librador. Los plazos mencionados correrán desde el momento en que se reciba la comunicación precedente.

De estar avalada la Letra, todas las comunicaciones indicadas que se realicen a un firmante de la misma, deberán también hacerse en el mismo plazo, a los avalistas.

El que tuviere que efectuar una comunicación podrá hacerlo en cualquier forma, incluso por la simple devolución de la Letra, pero deberá probar que ha dado la comunicación dentro del término señalado. La falta de comunicación por alguno, en el plazo legal, puede suponer la exigencia de responsabilidad por el perjuicio causado.

-

2.8.3. La reclamación judicial de la Letra

Ya vimos al analizar las consecuencias de la falta de pago voluntario de la Letra (*vid.* 2.8.1), los conceptos e importes que puede reclamar el acreedor de la misma. Veremos a continuación frente a quién y como se puede reclamar la Letra si no se paga voluntariamente llegada la fecha de su vencimiento.

Ante todo debe señalarse que la obligación en la que toma causa la emisión de la Letra permite que esta sirva como un documento mercantil que, junto con cualquier otro documento o aportación probatoria, sustente una acción judicial o demanda denominada declarativa a través de un juicio ordinario que se puede iniciar por el Tenedor de la Letra contra los incumplidores de la obligación por la que cobró vida la misma. Ahora bien, sin entrar en los pormenores procesales de este tipo de reclamación, puede decirse que a través de esta

demanda declarativa, la Letra no tiene un valor o fuerza especial que permita exigir por el acreedor al deudor el importe de la Letra de manera sumaria y ejecutiva.

- La acción cambiaria. Junto a la demanda declarativa referida, existe un procedimiento o acción judicial que confiere a la Letra un valor especial, al cual ya nos hemos referido en epígrafes anteriores, que se denomina acción o juicio cambiario, y que está regulada en los artículos 49 a 68 LC, y en la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: artículos 819 a 827). La acción cambiaria, es un procedimiento judicial especial por ser sumario y privilegiado en su tramitación, que se caracteriza en líneas generales por iniciarse mediante la presentación por el Tenedor de una Letra de cambio, Cheque o Pagaré ante el Juez que corresponda al domicilio del deudor del título a quien se reclame. En este procedimiento judicial, una vez que el Juez comprueba la corrección formal de la Letra, adopta de inmediato y sin más trámites una resolución en la que ordena requerir al deudor cambiario para que pague en el plazo de 10 días y, simultáneamente y sin esperar a que el demandado conteste a la demanda, acuerda el embargo preventivo de los bienes y derechos del deudor cambiario por la cantidad que figure en el título ejecutivo, más otra para intereses de demora, gastos y costas, por si no se atendiera el requerimiento de pago.

El ejercicio de esta acción cambiaria puede ser directa contra el aceptante o sus avalistas, o de regreso contra cualquier otro obligado (art. 49 LC).

En el caso de la acción cambiaria directa por el Tenedor de la Letra contra el aceptante y sus posibles avalistas, debe tenerse en cuenta que no es necesario levantar el protesto.

Sin embargo en el caso en que el Tenedor de la Letra se dirija contra los endosantes, el Librador o los demás deudores cambiarios, en el ejercicio de la acción de regreso, debe tenerse en cuenta que tiene que haber cumplido determinadas obligaciones, de tal manera que, según el artículo 63 LC, el Tenedor perderá sus acciones cambiarias en los casos siguientes:

- a) Cuando no hubiere presentado dentro del plazo la letra girada a la vista o a un plazo desde la vista.
- b) Cuando, siendo necesario, no se hubiere levantado el protesto o hecho la declaración equivalente por falta de aceptación o de pago.
- c) Cuando no hubiere presentado la letra al pago dentro del plazo, en caso de haberse estipulado la devolución *sin gastos*.

Si la letra no hubiere sido presentada a la aceptación en el plazo señalado por el Librador, el Tenedor perderá también las acciones de regreso que le correspondiesen, tanto por falta de pago como por falta de aceptación, a no ser que de los términos de la misma resulte que el Librador sólo excluyó su garantía por falta de aceptación.

- Oposición a la demanda cambiaria. Debe también señalarse que, sin perjuicio de que el procedimiento cambiario es un procedimiento de ejecución contra el patrimonio del deudor de la Letra, que permite, como hemos señalado, el embargo inmediato de sus bienes, este puede oponerse al mismo, según dispone el artículo 67 LC y 824 de la citada Ley de Enjuiciamiento Civil. En cuanto a las causas de oposición, el deudor cambiario, una vez demandado, podrá oponer al Tenedor de la Letra las excepciones basadas en sus relaciones personales con él. También podrá oponer aquellas excepciones personales que tenga frente a los Tenedores anteriores si al adquirir la Letra el Tenedor procedió a sabiendas en perjuicio del deudor. Además, el demandado cambiario podrá oponer las excepciones siguientes:

1. La inexistencia o falta de validez de su propia declaración cambiaria, incluida la falsedad de la firma.

2. La falta de legitimación del Tenedor o de las formalidades necesarias de la Letra, conforme a lo dispuesto en la Ley.

3. La extinción del crédito cambiario cuyo cumplimiento se exige al demandado.

Al margen de las excepciones indicadas no serán admisibles al deudor cambiario demandado ninguna otra excepción frente a la demanda iniciada contra él.

- Prescripción de la acción cambiaria. En cuanto al plazo que tiene el Tenedor de la Letra para reclamarla, mediante el ejercicio de una acción cambiaria, debe tenerse en cuenta que hay plazos legales para el ejercicio de las acciones procesales ante los Tribunales, de tal manera que si transcurren esos plazos sin que se haya demandado se pierde la posibilidad de hacerlo. El plazo general de prescripción de las acciones para reclamar por deudas personales que nacen de los contratos es de 15 años (art. 1964 Código Civil), a salvo que haya una disposición concreta que establezca otro plazo, como así ocurre en distintos supuestos. Como regla general el computo del plazo para reclamar se inicia desde que la acción pudo ejercitarse, pudiendo interrumpirse por demanda ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor o por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor (art. 1973 Código Civil). Dicho lo anterior y para el ejercicio de la acción cambiaria deben tenerse en cuenta los siguientes plazos de prescripción (art. 88 LC):

- Las acciones cambiarias contra el Aceptante prescriben a los tres años, contados desde la fecha del vencimiento.

- Las acciones del Tenedor contra los Endosantes y contra el Librador prescribirán al año, contado desde la fecha del protesto o declaración equivalente, realizados en tiempo hábil, o de la fecha del vencimiento en las letras con cláusulas *sin gastos*.

- Las acciones de unos Endosantes contra los otros y contra el Librador prescribirán a los seis meses a partir de la fecha en que el Endosante hubiere pagado la letra, o de la fecha en que se le hubiere dado traslado de la demanda interpuesta contra él.

En consecuencia y de no ejercitarse la acción en esos plazos se perderá la posibilidad de reclamar mediante la acción cambiaria.

Finalmente, la posible interrupción de la prescripción en el caso de las acciones cambiarias, sólo surtirá efecto contra aquél respecto del cual se haya efectuado el acto que la interrumpa (art. 89 LC).

-

3. EL CHEQUE

-

3.1. CONCEPTO Y FUNCIÓN ECONÓMICA DEL CHEQUE

El Cheque es un Título valor que emite una persona llamada Librador, quien ordena la realización de un pago determinado en dinero a cargo de otra persona, llamada Librado, que es una Entidad de crédito, y a favor de la persona que sea tenedora legítima del Cheque.

La regulación legal del Cheque en España se contiene en la misma Ley 19/1985 de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque (art. 106 a 167 LC); estando basada esa regulación según el esquema y contenido de la Letra de Cambio, si bien con determinadas especialidades que atienden a que es un Título valor que tiene una función distinta de aquella. En efecto, la función económica del cheque es más limitada que la de la Letra de cambio y el Pagaré, lo que se deriva de ser un instrumento para pagos en efectivo, por lo que no es apto para cumplir la función de realizar pagos aplazados u obtención de crédito. Sin embargo la extensión de su uso sigue siendo amplia, aunque también se ha visto afectada por el uso extensivo de las transferencias bancarias como medio de pago en las transacciones mercantiles y de las tarjetas de crédito en operaciones de consumo.

-

3.2. REQUISITOS FORMALES DE VALIDEZ Y SUJETOS DEL CHEQUE

El Cheque es un documento formal que debe contener una serie de menciones esenciales y obligatorias para que pueda ser válido como tal y cuya falta puede suponer la nulidad del título mismo. Así se indica expresamente en la Ley cambiaria (artículo 106 LC), cuando enumera tales requisitos, que son:

1º. La denominación de Cheque inserta en el texto mismo del título expresado en el idioma empleado para la redacción de dicho título.

2º. El mandato puro y simple de pagar una suma determinada en euros o moneda determinada con cotización oficial en euros.

3º. El nombre del que debe pagar, denominado Librado, que necesariamente ha de ser una Entidad de crédito

4º. El lugar de pago.

5º. La fecha y el lugar de la emisión del Cheque.

6º. La firma del que expide el Cheque, denominado Librador.

Si bien lo anterior, la propia Ley determina (artículo 107 LC), algunas excepciones a la regla general de exigencia formal y obligada de los mencionados requisitos, de tal manera que, después de señalar que el documento que carezca de alguno de esos requisitos no se considerara Cheque, exceptúa de esta declaración los siguientes supuestos:

a) A falta de indicación especial, el lugar designado junto al nombre del Librado se reputará lugar de pago. Cuando estén designados varios lugares, el Cheque será pagadero en el primer lugar mencionado.

b) A falta de estas indicaciones o de cualquier otra, el Cheque deberá pagarse en el lugar en el que ha sido emitido, y si en él no tiene el Librado ningún establecimiento, en el lugar donde este tenga su establecimiento principal.

c) El Cheque sin indicación del lugar de su emisión se considerará suscrito en el que aparezca al lado del nombre del Librador.

En cuanto a los sujetos que interviene en el Cheque, son los siguientes:

Librador. Es la persona que lo firma, emite, y da la orden al Librado (Entidad de crédito, generalmente un Banco), para que lo pague. Debe tener hecha provisión de fondos en la

cuenta bancaria abierta en el Librado, para poder atender el Cheque.

Librado. Es el Banco, quien recibe del Librador la orden de pago, y responde del pago del Cheque siempre que tenga provisión de fondos para ello realizada por el Librador; respondiendo también el Librado, como regla general, del pago de un Cheque falso, a no ser que haya culpa del Librador (art. 156 LC)

Tenedor. Es el acreedor del Cheque.

Asimismo en el Cheque, al igual que en la Letra, puede haber un Endosante y un Endosatario, en tanto que es posible, aunque no frecuente por la propia naturaleza del Cheque, que este se endose. Finalmente el cheque puede garantizarse mediante aval, en cuyo caso podemos encontrar un Avalista y un Avalado.

Debe señalarse que en el plano formal hay un formato normalizado del Cheque de cuenta corriente (Anexo B de este Tema 8), que fue implantado por las Entidades de crédito, a través de sus respectivas asociaciones: Asociación Española de Banca (AEB), Confederación Española de Cajas de Ahorros (CECA) y Unión Nacional de Cooperativas de Crédito (UNACC). Mediante este formato normalizado, se facilita el tratamiento informático de los cheques, por lo que a él se ajustan todos los cheques contenidos en los talonarios que emiten las Entidades de crédito para entrega a sus clientes.

-

3.3. CLASES DE CHEQUES

Podemos hacer una clasificación de los cheques atendiendo al sujeto a favor de quien se emiten, pudiendo así distinguirse entre cheques al portador y nominativos; en los primeros se indica en el lugar correspondiente del anverso del Cheque que se paga: «al portador», y en los segundos aparece identificado el nombre de la persona tomadora del Cheque. A ambos nos referimos al hablar del endoso del Cheque, en tanto esta clasificación tiene que ver, en particular, con la forma de transmisión del mismo.

Además de la clasificación anterior, podemos distinguir distintos tipos de cheques atendiendo a determinadas circunstancias que se reflejan en ellos, entre los que pueden destacarse los que a continuación se indican.

- Cheque cruzado. Un Cheque está cruzado cuando en su anverso presenta dos líneas paralelas que cruzan el Cheque en sentido transversal. El motivo más habitual de cruzar un Cheque es para exigir que este se cobre a través de una Entidad de Crédito, ya que el Banco Librado no puede pagar el mismo más que a un Banco o a un cliente de aquel. De esta forma se consigue identificar plenamente a la persona que cobra el Cheque, ya que la legitimación para cobrarlo se limita a los Bancos o al cliente del Banco Librado (arts. 143 y 144 LC).

Existen dos tipos de cheques cruzados:

a) General. Es el que presenta en el anverso dos barras sin especificar ninguna Entidad de Crédito, o sencillamente con la expresión: «Banco», «Compañía», o similar.

b) Especial. Es el que entre las barras aparece el nombre de una Entidad de Crédito determinada, en cuyo caso el Banco Librado solo podrá pagar el Cheque al Banco específicamente designado o, si este es el mismo Librado, a un cliente suyo.

- Cheque para abonar en cuenta. En este Cheque se pone en el anverso y mediante una

leyenda transversal la siguiente mención: «para abonar en cuenta». De este modo sea quien sea el Tenedor del Cheque y su relación con la Entidad librada deberá cobrarlo mediante apunte en una cuenta bancaria (art. 145 LC).

- *Cheque conformado.* Un cheque conformado es aquel en el que en el momento de su emisión la Entidad de crédito librada certifica que existen fondos suficientes en la cuenta del Librador para atenderlo. La Entidad de crédito, en el momento de conformar el cheque establecerá un cargo en la cuenta del Librador, de igual importe al valor del cheque, retención que se aplicará al pago del mismo. Hay que tener presente que, salvo que se especifique lo contrario, el plazo de conformidad prescribe en el momento en que termine el plazo de presentación al cobro. En el anverso del Cheque se incluirá un sello con la mención «conformado» mientras que en el reverso la entidad que presta la conformidad estampará un sello con indicación de las características de la conformidad.

- *Cheque bancario.* Este cheque está emitido por la propia Entidad de crédito que asume el papel de Librador y Librado del Cheque, respondiendo de su pago. Habitualmente estos cheques se emiten para su entrega una persona determinada y se utilizan como instrumento de garantía de un pago.

- Finalmente, debemos también señalar que se habla de *Cheque posdatado*, en los casos en que se entrega un Cheque por el Librador poniendo una fecha posterior a la de su emisión real. Este tipo de cheques no está admitido en la Ley Cambiaria, donde se dice que el Cheque es un documento pagadero a la vista, y que cualquier mención contraria se reputa no escrita (art. 134. LC); por tanto, en el mismo momento que el Cheque se libra y entrega se puede exigir su pago aunque la fecha que aparezca en él sea posterior, sin perjuicio de que el Librador y el Tomador del cheque admitan extracambiariamente que no se presente al pago hasta la fecha que se indique en el mismo.

3.4. EL ENDOSO Y EL AVAL DEL CHEQUE

- *El endoso del Cheque.* Aunque es posible el endoso del Cheque, no es frecuente, en tanto que es un título que tiene un vencimiento inmediato tras su emisión y entrega. En el caso de los cheques al portador se transmiten mediante la simple entrega, sin que sea necesario hacer el endoso. Si el Cheque es nominativo y se incluye en él la cláusula «no al orden» no puede ser transmitido. De otra forma, el cheque nominativo puede ser endosado.

El endoso debe ir en el reverso del Cheque y será firmado por el Endosante, procediendo la entrega del Cheque al Endosatario, quien pasará a ser su nuevo Tenedor.

El endoso tiene que ser total puro y simple y toda condición que se ponga en él se tendrá por no puesta (art. 121 LC), siendo posible el endoso en blanco al igual que en la Letra (vid. 2.4).

Por el endoso se transmiten todos los derechos resultantes del Cheque y el Endosante, salvo cláusula en contrario, garantiza el pago del mismo frente a los tenedores posteriores del Cheque, pudiendo también prohibir endosos posteriores (arts. 123 y 124 LC).

Cuando siendo nominativo el Cheque no sea posible endosarlo por contener la cláusula «no a la orden», será en todo caso posible la cesión ordinaria del mismo.

- El aval del Cheque. El Cheque puede ser avalado, bien por todo o parte de su importe. El aval lo puede prestar una tercera persona, no siendo posible que lo preste el Librado (art. 131 LC).

El aval se formaliza en el reverso del Cheque mediante la firma del avalista, poniendo generalmente la indicación «por aval» o fórmula equivalente, y la persona del avalado, y si no se indicase nada se entenderá que el aval es a favor del Librador (art. 132 LC).

3.5. LA PRESENTACIÓN Y EL PAGO DEL CHEQUE. CONSECUENCIAS DE SU IMPAGO Y RECLAMACIÓN JUDICIAL

La Ley cambiaria determina que el Cheque es un título pagadero a la vista (artículo 134 LC), lo que significa que, como ya adelantamos al hablar de las clases de cheques, y a diferencia de la Letra y el Pagaré, tan pronto se presenta al cobro debe pagarse o, dicho de otra forma, equivale a que nace ya vencido, por lo que tiene una vida corta, de ahí que sea un Título valor que sirve para realizar pagos al contado.

El Cheque emitido y pagadero en España deberá ser presentado a su pago en un plazo de quince días. Por su parte el cheque emitido en el extranjero y pagadero en España deberá presentarse en un plazo de veinte días si fue emitido en Europa y sesenta días si lo fue fuera de Europa. Estos plazos se computan a partir del día que consta en el Cheque como fecha de emisión, no excluyéndose los días inhábiles, pero si el día del vencimiento lo fuere, se entenderá que el Cheque vence el primer día hábil siguiente (art. 135 LC.)

El lugar de presentación al pago es el del Banco Librado que aparece consignado en el Cheque y con cargo a la cuenta bancaria del Librador que se indica en el mismo. En el momento de efectuarse el pago el Banco Librado adeudará en la cuenta del Librador el importe del Cheque.

El Cheque puede ser pagado por el Librado incluso si se presenta al pago después de esos plazos, siempre que no se haya dado una orden de revocación de pago del Cheque por el Librador al Librado, en cuyo caso esa orden no produce efectos hasta después de que expire el plazo de presentación al pago. Independientemente de lo anterior, en caso de pérdida o privación ilegal del Cheque, el Librador podrá oponerse a su pago (art. 138 LC).

La presentación al pago debe hacerse por el Tenedor o portador legitimado mediante la entrega del Cheque. Cuando se trate de cheques que se ingresan en una cuenta bancaria para su pago por el Librado, su presentación a una cámara o sistema de compensación equivaldrá a su presentación al pago (art. 137 LC).

En cuanto a las consecuencias del impago, debe señalarse que el régimen de responsabilidad es igual que en la Letra, de tal manera que los que hubieren librado, endosado o avalado un cheque, responden solidariamente frente al Tenedor (art. 148 LC).

Supuesto de impago del Cheque, es posible el ejercicio por el Tenedor de las acciones declarativa y cambiaria que vimos para la Letra de cambio, siendo de aplicación las normas sobre el ejercicio de las acciones derivadas de esta última (art. 153 LC). En consecuencia, la acción cambiaria podrá ser iniciada por el Tenedor, tanto en vía directa contra el Librador del Cheque o sus avalistas, como en vía de regreso contra los endosantes. Al igual que en la Letra, la vía cambiaria de regreso exige el protesto o declaración equivalente que deberán

hacerse antes de la expiración del plazo de presentación del Cheque, pero si la presentación se efectúa en los últimos ocho días del plazo, el protesto o declaración equivalente puede hacerse en los ocho días hábiles siguientes a la presentación (art. 147 LC)

El Tenedor del Cheque impagado puede reclamar de aquél contra quien se ejercita su acción los siguientes conceptos (art. 149 LC):

1. El importe del Cheque no pagado.
2. Los réditos de dicha cantidad, devengados desde el día de la presentación del Cheque y calculados al tipo de interés legal del dinero aumentado en dos puntos.
3. Los gastos, incluidos los del protesto y las comunicaciones.
4. El 10% del importe no cubierto del Cheque y la indemnización de los daños y perjuicios cuando se ejercite la acción contra el Librador que hubiera emitido el Cheque sin tener provisión de fondos en poder del Librado.

Por su parte el que hubiese reembolsado el Cheque podrá reclamar de las personas que sean responsables frente a él (art. 150 LC):

1. La cantidad íntegra que haya pagado.
2. Los réditos de dicha cantidad, devengados desde la fecha de reembolso, al tipo de interés legal del dinero aumentado en dos puntos.
3. Los gastos que haya realizado.

Finalmente debe señalarse que el plazo para ejercitar las acciones cambiarias en el Cheque es inferior al de la Letra, pues si en esta es de tres años para reclamar al aceptante, en el Cheque el plazo es de seis meses, tanto para que el Tenedor reclame contra los endosantes, el Librador y los demás obligados, en cuyo caso se cuenta el plazo desde la expiración del plazo de presentación, como para reclamar por el que haya hecho el reembolso frente a los diversos obligados al pago, contándose en este último caso el inicio del plazo desde el día en que el obligado ha reembolsado el Cheque o desde el día en que se ha ejercitado una acción contra él. (art. 157 LC).

-

4. EL PAGARÉ

4.1. CONCEPTO Y FUNCIÓN ECONÓMICA DEL PAGARÉ

El pagaré es un título valor que emite una persona, llamada firmante, por el que se compromete a la realización de un pago determinado en dinero, a favor de la persona que sea tenedora legítima del Pagaré, en la fecha de vencimiento indicado en el mismo.

La regulación legal del Pagaré en España se contiene, al igual que para la Letra de cambio y el Cheque, en la Ley 19/1985 de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque (art. 94 a 97 LC).

Las funciones económicas que vimos al examinar la Letra de cambio (vid. 2.1), se cumplen

sustancialmente también en el Pagaré. Así, el Pagaré es ante todo un instrumento de pago aplazado, pero también puede ser un instrumento de obtención de crédito, al estar previsto para realizar pagos aplazados, pudiendo igualmente ser descontado, e incluso servir como instrumento de garantía. En esta referencia a la función económica del Pagaré no está de más señalar que determinado tipo de pagarés, conocidos como también como Pagarés de Empresa, a los que luego nos referiremos, son productos financieros cuya función exclusiva es la obtención de recursos para las empresas.

-

4.2. REQUISITOS DE VALIDEZ Y SUJETOS DEL PAGARÉ

El Pagaré es, al igual que la Letra y el Cheque, un documento formal que debe contener las siguientes menciones obligatorias para que pueda ser válido (art. 94 LC):

1º. La denominación de Pagaré inserta en el texto mismo del título y expresada en el idioma empleado para la redacción de dicho título.

2º. La promesa pura y simple de pagar una cantidad determinada en euros o moneda con cotización oficial en euros.

3º. La indicación del vencimiento.

4º. El lugar en que el pago haya de efectuarse.

5º. El nombre de la persona a quien haya de hacerse el pago o a cuya orden se haya de efectuar.

6º. La fecha y el lugar en que se firme el Pagaré.

7º. La firma del que emite el título, denominado Firmante.

Al igual que ocurre con la Letra y el Cheque, la propia Ley determina (artículo 95 LC), algunas excepciones a la regla general de exigencia formal y obligada de los mencionados requisitos, de tal manera que el Pagaré que no tenga fecha de vencimiento se considerará pagadero a la vista, el que carezca de lugar de pago se pagará en el lugar de emisión y, a falta de lugar de emisión, se considerará firmado en el que figure junto al nombre del Firmante.

En cuanto a los sujetos del Pagaré, podemos decir que hay un Firmante, quien asume la función propia de emitirlo y se compromete a pagarlo, siendo la Entidad de crédito simplemente el domiciliatario del pago. En cuanto al Tomador, es, como en la Letra, el acreedor del Pagaré pudiendo endosarlo, en cuyo caso surge la figura del Endosante y el Endosatario, salvo que se incluya la cláusula no a la orden. Igualmente es posible que el pago del Pagaré se garantice mediante aval, respondiendo el Avalista como en la Letra.

-

4.3. CLASES DE PAGARÉS

A los efectos de nuestro estudio y desde un punto de vista mercantil podemos distinguir tres tipos de pagarés:

1º. Pagaré de cuenta corriente. Es el instrumento más utilizado como Pagaré cambiario. Como se deduce del modelo normalizado de este que aparece como Anexo C de este Tema 8, su formato es muy similar al del Cheque y, de hecho, se gestiona, como regla general, en los

mismos circuitos interbancarios que éstos.

2º. Alternativamente al Pagaré de cuenta corriente y utilizado con la misma función que este, las empresas pueden emitir pagarés que cumpliendo los requisitos de la Ley cambiaria tengan similar naturaleza, pero no se ajusten al modelo normalizado de los Bancos. Estos pagarés, denominados en ocasiones, de manera impropia, pagarés de giro, pueden ser admitidos por los Bancos como efectos mercantiles pero no pueden cumplir la función de gestionarse automáticamente en los circuitos interbancarios como los pagares de cuenta corriente, al no adaptarse al modelo normalizado de estos.

3º. Pagaré de Empresa. Son emitidos por las empresas para obtener financiación y colocados entre los inversores, por intermediarios financieros. La rentabilidad que ofrecen las empresas a cambio de su adquisición suele consistir en la diferencia entre el precio de reembolso: nominal del Pagaré, y el de su adquisición: efectivo del Pagaré.

-

4.4. RÉGIMEN JURÍDICO DE FUNCIONAMIENTO DEL PAGARÉ

Debe tenerse en todo caso presente que por la propia naturaleza del Pagaré, que es una simple promesa de pago (frente a la Letra que es una orden de pago), el Firmante del Pagaré es quien se compromete a pagarlo de manera directa, por lo que queda obligado de igual manera que el aceptante de una Letra (art. 97 LC).

El funcionamiento del Pagaré es muy similar al de la Letra de cambio, de tal manera que la propia Ley cambiaria remite expresamente en su esquema de funcionamiento al de la Letra en las materias de mayor interés que son objeto de este Tema, tales como, el vencimiento, el pago, el endoso, el aval, o las acciones judiciales en el supuesto de impago (art. 96 LC). Sin embargo no es de aplicación al Pagaré la regulación de la Letra en aquello que funcionalmente y atendiendo a la naturaleza de aquel no sea posible, como por ejemplo lo concierne a la aceptación o a la figura del Librado.

-

CASO PRÁCTICO

format:sangrado:izq

1º. Instrumentar sobre una fotocopia del modelo oficial de Letra de cambio, el pago de la compraventa mercantil que realiza el empresario «A» (vendedor) al empresario «B» (comprador), siendo el precio de la compraventa de 50.000 euros. El vencimiento de la Letra es a 60 días desde la fecha de libramiento. La Letra se domicilia en el Banco «Y» en la que el Librado tiene cuenta, y tanto el Librador como el Librado que la acepta tienen su domicilio en Madrid. El Librador dispensa en la Letra al Tenedor de la misma de levantar el protesto. La Letra es avalada por «Z» Sociedad Limitada, a través de un apoderado.

format:sangrado:izq

2º. Como consecuencia del servicio de consultoría prestado por «C» al empresario «D», y para pago del precio de ese servicio, este último libra y entrega a «C» un Cheque nominativo a favor de este por importe de 20.000 euros. El Cheque es ingresado por «C» en su cuenta abierta en el Banco «Y». El Cheque resulta devuelto por falta de fondos en la cuenta bancaria de «D», lo que genera los correspondientes gastos de protesto y devolución

que son cargados por el Banco en la cuenta de «C». Indicar, conforme a la Ley cambiaria, que conceptos y cantidades puede reclamar «C» y a quien, como consecuencia de la devolución del Cheque.

format:sangrado:izq

3º. El empresario «E» tiene una cuenta bancaria en el Banco «Y», y además suscrito con este Banco un contrato o línea de descuento, que le permite descontar Pagarés hasta un límite determinado en ese contrato. Como consecuencia de la venta de unas mercancías por «E» al empresario «F», y para el pago de las mismas, este último firma y entrega a «E» un Pagaré de 10.000 euros con un vencimiento a 60 días. El empresario «E» descuenta dicho Pagaré en el Banco «Y». Llegada la fecha de vencimiento del Pagaré este es devuelto como impagado con la correspondiente declaración cambiaria en la que consta la devolución. Indicar, conforme a la Ley cambiaria, qué responsabilidades y consecuencias tiene esa devolución para el empresario «E» frente al Banco «Y», y que acciones legales podría, por su parte, iniciar «E» y frente a quien, como consecuencia de la devolución.

-

ANEXO

A) Letra de cambio

Tema 9

Lugar de libramiento
 Por esta **LETRA DE CAMBIO**
 pagará usted al vencimiento
 expresado a
 la cantidad de (importe en letra)

Moneda
 Fecha de libramiento
 Día Mes Año
 VENCIMIENTO



Persona o entidad:
 Dirección u oficina:
 Población:

en el domicilio de pago siguiente:
 CÓDIGO CUENTA CLIENTE (CCC)
 Entidad Oficina DC Num. de cuenta

ACEPTO
 Fecha
 (Firma)

Cláusulas:
 LIBRADO
 Nombre:
 Domicilio:
 Población:
 C.P.: Provincia:

LIBRADOR:
 (Firma, nombre y domicilio)

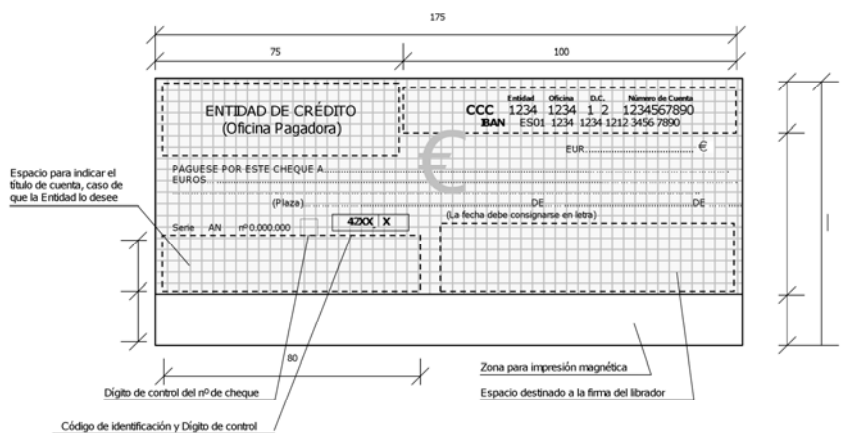
No utilizar este espacio por estar reservado para impresión magnética

NO UTILICE EL ESPACIO SUPERIOR, POR ESTAR RESERVADO PARA INSCRIPCIÓN

Por aval de Páguese a.....
 con domicilio en.....
 A.....de.....de.....
 Nombre y domicilio del avalista..... a..... de..... de.....
 Nombre y domicilio del endosante.....

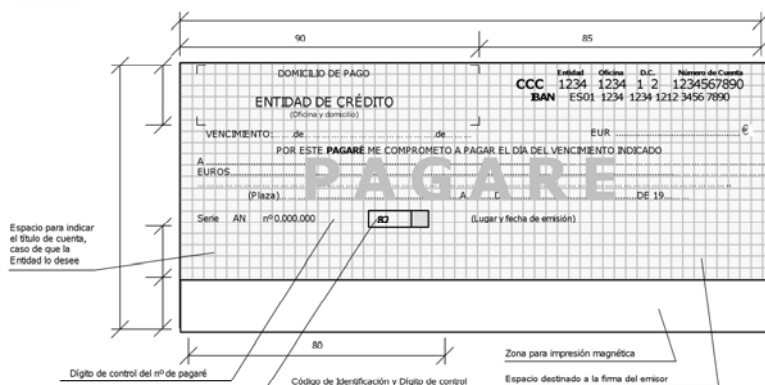
B) Cheque

ANEXO 1 Modelo de Cheque de Cuenta Corriente Normalizado



C) Pagaré

ANEXO 1 Modelo de Pagaré de Cuenta Corriente Normalizado



BIBLIOGRAFÍA

format:sangrado:fran

José María de Eizaguirre, *Derecho de los Títulos Valores*, Edit. Thomson-Civitas. 2003.

format:sangrado:fran

Enrique Gadea, *Los Títulos valor. Letra de cambio, cheque y pagaré*, Edit. Dykinson, 2008.

format:sangrado:fran

Llorente Gómez de Segura, Sánchez Lerma, y Valpuesta, *Práctica cambiaria. Jurisprudencia sistematizada*, Edit. Bosch, 2000.

format:sangrado:fran

Ministerio de Justicia, Secretaria General Técnica, *Monográfico sobre la Ley cambiaria y del cheque, de 16 de julio de 1985*, Tomo XIII, enero a junio de 1986.

format:sangrado:fran

Francisco Vicent Chuliá, *Compendio crítico de derecho mercantil, Tomo II, Títulos Valores, Contratos*, Edit. Bosch, 1990.

Tema 9

format:sangrado:fran

Cándido Paz Ares, *La Letra de favor*, Edit. Civitas, 1987.

format:sangrado:fran

Xavier Añoberos Trias, *El aval cambiario*, Edit. Civitas, 1990.

Con formato: Español (España)

TEMA 9

Regulación Jurídica de las Crisis Económicas: La Insolvencia.

MANUELA SERRANO SÁNCHEZ

Profesora de Derecho Mercantil. Universidad Pontificia Comillas

SUMARIO

- 1. Concurso de acreedores
 - 1.1. Principios generales de la Ley
 - 1.2. Caracteres generales
 - 1.3. Las soluciones paraconcursoales
 - 2. Presupuestos del concurso
 - 2.1. El presupuesto objetivo: La insolvencia
 - 2.2. El presupuesto subjetivo
 - 2.3. El procedimiento formal: La declaración de concurso
 - 2.4. El auto declarativo
 - 2.5. Procedimiento abreviado
 - 3. La administración concursal
 - 3.1. Composición
 - 3.2. Régimen de incapacidades y prohibiciones
 - 3.3. Estatuto jurídico del administrador concursal. Retribución. Responsabilidad
- Caso práctico
Bibliografía

Con formato: Español (España)

1. CONCURSO DE ACREEDORES

El concurso de acreedores puede definirse como aquel procedimiento judicial de carácter universal destinado a garantizar la igualdad de tratamiento entre los acreedores (*par conditio creditorum*) de una persona física o jurídica que, por hallarse en situación de insolvencia, no puede cumplir puntual y regularmente con sus obligaciones de pago.

Cuando un acreedor se encuentra en situación de insolvencia, la consecuencia inmediata de ello es la imposibilidad de poder pagar a todos los acreedores, por ello, si esta situación no se sometiera a un control judicial, se podría dar la situación de que el deudor eligiera libremente a qué deudor pagar o a cuál no produciéndose situaciones injustas. Así mismo, podrían llevarse a cabo actuaciones por parte del deudor, que resultaran en perjuicio de sus acreedores, por lo que parece necesario dotar una regulación legal, a través del procedimiento concursal, que proteja la masa activa (bienes y derechos) del deudor para poder satisfacer, en la forma más eficiente posible y de forma ordenada y paritaria, su masa pasiva (deuda mantenida con acreedores).

Con formato: Español (España)

1.1. PRINCIPIOS GENERALES DE LA LEY

La Ley Concursal (en adelante, LC) se basa en una serie de principios formales y materiales. Como sabemos, los principios generales del derecho son una fuente del derecho (art. 1.1 CC).

Por ello, los principios generales de la LC serán aquellos principios generales del derecho aplicables al sistema propio del derecho concursal, y habrá que distinguir entre los formales y los materiales.

Entre los principios generales de carácter formal que rigen la LC hemos de hacer referencia a los siguientes:

1) Principios de unidad legal, de disciplina y de sistema. En virtud de tales principios, la LC ha venido a unificar la diversidad de cuerpos legales que venían regulando hasta ese momento la institución de la insolvencia. Así, por ejemplo, con anterioridad a la promulgación de la actual Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, teníamos una normativa para regular el tratamiento jurídico de la insolvencia del comerciante: la quiebra, prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, el Código de Comercio de 1829 y Código de Comercio de 1885; otra, para regular el tratamiento jurídico de la insolvencia del no comerciante: el concurso de acreedores, previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y el Código Civil de 1889; y otra que regulaba los supuestos en que se suspendían los pagos para volver a reanudarlos si fuera posible, previsto en la Ley de Suspensión de Pagos de 1922. Sin embargo, a través de la actual LC se unifica en un solo cuerpo legal la regulación de las situaciones de insolvencia de comerciantes, no comerciantes, personas físicas, personas jurídicas, insolvencia liquidativa e insolvencia con continuidad. De esta manera, se regulan en un solo texto legal todos los aspectos formales y materiales del concurso salvo los que, por su naturaleza, no pueden sino ser regulados por una ley con la categoría de Ley Orgánica (véase Ley Orgánica de la Reforma Concursal).

2) También es de destacar el denominado por el profesor Ruiz de Velasco principio de convergencia internacional, en virtud del cual se intenta armonizar nuestro derecho concursal al de otros países, y que está además impulsado por el Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 25 de mayo del 2000, que entró en vigor el 31 de mayo de 2002. Este Reglamento, de aplicación imperativa en España, regula los aspectos concursales de aquellos procedimientos de insolvencia transfronteriza cuando el procedimiento principal se tramita en un país de la Unión Europea, en cuyo caso, se aplicará incluso con prevalencia sobre la LC en España.

Por otra parte, y ya en cuanto a los principios generales de carácter material o sustantivo de la ley, hemos de hacer especial referencia a:

1) El ya mencionado principio de la *pars conditio creditorum*. Este principio es el alma mater de la LC en tanto en cuanto preconiza la necesaria igualdad de tratamiento entre los acreedores del concursado. Es un principio que impregna el espíritu de todo el articulado de la ley y que siempre hay que tener en cuenta ante la existencia de cualquier duda interpretativa. De hecho, la clasificación de los créditos se lleva a cabo en base a este principio, al objeto de agrupar a acreedores en función de cuál sea la naturaleza de su crédito, y ello para aplicar una prelación de pagos en base a dicha agrupación de créditos de análoga naturaleza en función de la especial protección que haya de dotarse a cada una de las categorías.

2) Igualmente, la LC se rige por el principio de universalidad, que hace referencia al hecho de que, una vez declarado el concurso, no podrán llevarse a cabo ejecuciones singulares de bienes o derechos del concursado, y ello, en protección de la masa activa, al objeto de que la misma sea ejecutada, en su caso, de forma universal, de nuevo, para garantizar la igualdad de trato entre acreedores. Ello es de vital importancia ya que, de nada serviría la instauración de un procedimiento concursal si se permitieran a la vez ejecuciones de títulos individuales de

cada uno de los acreedores puesto que, en este caso, cobrarían «los más rápidos», y no aquellos que debieran estar antes en el orden de prelación de pagos previsto en la ley, y además, se estaría permitiendo el vaciamiento del activo de la concursada, con claro perjuicio de los acreedores no ejecutantes que verían mermado el activo sobre el cual habrían de ver satisfechos sus créditos.

3) Por su parte, el principio solutorio dirige el concurso hacia el cumplimiento de su finalidad, que no es otra, como ya adelantábamos al inicio de este epígrafe, que la de satisfacer los créditos de los acreedores, y ello, fomentando ante todo la solución de convenio, por encima de las liquidativas, a diferencia de lo que ocurría con anterioridad a la promulgación de esta ley.

3) Por último, hemos de referirnos al principio de continuidad de la empresa, y ello, en tanto en cuanto, la LC favorece, en todo momento, la continuidad de la actividad de la empresa. Por ello, no se puede asimilar, bajo ningún concepto, de manera automática, la declaración en concurso de una sociedad con la paralización o supresión de toda actividad social por parte de ésta. La LC defiende la continuidad de la actividad de la empresa como la mejor forma de obtener fondos suficientes para satisfacer los créditos de los acreedores a la vez que se ayuda al tejido empresarial, a través de la protección que la declaración de concurso otorga en múltiples aspectos a las sociedades, a seguir adelante. Para ello se lleva a cabo una regulación que tiene en cuenta esta finalidad tanto al tratar el tema de la vigencia de los contratos, como a la hora de fijar soluciones flexibles de convenio, como en lo que respecta a la suspensión del devengo de intereses, entre otras medidas que iremos analizando a lo largo de este tema.

Con formato: Español (España)

1.2. CARACTERES GENERALES

La LC se ha caracterizado desde su promulgación por las siguientes notas o caracteres generales:

- Interés en instaurar un sistema de celeridad en el tratamiento de la insolvencia. Este intento de agilizar el sistema concursal se ha visto, a su vez, potenciado por las dos principales reformas que se han producido sobre la redacción inicial del 2003, esto es, el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo y la reciente Ley 38/2011, de 10 de octubre.

- Además, y dentro de ese intento de celeridad, se ha intentado reducir el número de intervinientes en el concurso simplificando los órganos concursales a dos, por una parte, el juez de lo mercantil como juez del concurso, y, por otra, la administración concursal como órgano auxiliar del primero. A mayor abundamiento, la propia administración concursal ha experimentado modificaciones en su propia estructura a partir de la reforma del 2011, en virtud de la cual se ha reducido también, con carácter general, el número de los miembros que la componen.

- Otra nota importante de la LC es el carácter de unidad de la misma, carácter del que está dotada por los antedichos principios de unidad legal, de disciplina y de sistema.

- Por otra parte, es importante resaltar la naturaleza de especialidad de la LC con respecto a otras disposiciones generales tales como, en materia procesal, la Ley de Enjuiciamiento Civil, supletoria a la concursal en lo no previsto por ésta, o en materia sustantiva, la Ley de Sociedades de Capital o el Código Civil y Código de Comercio.

Ley General de la Seguridad Social, Estatuto de Trabajadores, Ley General Tributaria, y un largo etcétera, siempre y cuando estemos ante un deudor en situación de concurso de acreedores y en lo que a éste respecta.

- Asimismo, la LC se caracteriza por una fuerte *protección de la masa activa del concurso*, impidiendo con carácter general la enajenación y el establecimiento de gravámenes no autorizados judicialmente, a la vez que, con tal medida, busca la *defensa de los acreedores y el tratamiento paritario entre ellos* (de conformidad con el principio *pars conditio creditorum* anteriormente analizado).

Con formato: Español (España)

1.3. LAS SOLUCIONES PARA CONCURSALES

Bajo esta denominación se encuentran una serie de medidas que puede adoptar aquel que se encuentra en situación de insolvencia actual o inminente y que prefiere evitar la solución del concurso de acreedores por diversos motivos. En tal virtud, sus acciones van dirigidas a renegociar su deuda con sus acreedores, bien para eliminar el presupuesto objetivo, es decir, para salir por medio de la refinanciación de la situación de insolvencia, desapareciendo de esta manera la obligación, en caso de que existiera, de solicitar el concurso de acreedores, bien para lograr las adhesiones suficientes a esa propuesta de repago de la deuda para solicitar el concurso con una propuesta anticipada de convenio. Se van a tratar las soluciones para concursales reguladas en la LC. Estas soluciones revisten una especial importancia en los casos en que el deudor se encuentra en situación de insolvencia actual, y ello porque, en ese caso, estaría en la obligación de solicitar en plazo el concurso de acreedores.

1. Comunicación de negociaciones del 5 bis LCo

El artículo 5 bis de la LC (artículo 5.3 con anterioridad a la reforma del 2011), en línea con estas soluciones para concursales, prevé que el deudor pueda poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta Ley.

Con formato: Español (España)

El deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación (de los previstos en el artículo 71 bis.1 y en la Disposición adicional cuarta, que analizaremos a continuación) o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta Ley. En el caso en que, además, solicite un *acuerdo extrajudicial de pago*, una vez que el mediador concursal propuesto acepte el cargo, el registrador mercantil o notario al que se hubiera solicitado la designación del mediador concursal deberá comunicar, de oficio, la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración de concurso.

Esta comunicación podrá formularse en cualquier momento antes del vencimiento del plazo para solicitar la declaración de un concurso voluntario en su puestos de insolvencia inminente, es decir, en el plazo de dos meses desde que se conoció o debió conocer la situación de insolvencia.

Formulada la comunicación antes de ese momento, no será exigible el deber de solicitar la

declaración de concurso voluntario.

El secretario judicial ordenará la publicación en el Registro Público Concursal del extracto de la resolución por la que se deje constancia de la comunicación presentada por el deudor o, en los supuestos de negociación de un acuerdo extrajudicial de pago, por el notario o por el registrador mercantil, en los términos que reglamentariamente se determinen. Ello, salvo que se solicite expresamente el deudor el carácter reservado de la comunicación de negociaciones, en cuyo caso, no se ordenará la publicación del extracto de la resolución. El deudor podrá solicitar el levantamiento del carácter reservado de la comunicación en cualquier momento.

El efecto fundamental de la presentación de la comunicación del 5 bis, es que desde dicha presentación y hasta que se llegue, bien (i) a un acuerdo refinanciación (sea éste formalizado con los requisitos del 71 bis, o sea éste admitido a trámite su solicitud de homologación); (ii) a un acuerdo extrajudicial de pagos; (iii) se consigan las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio; o por último (iv) se declare el concurso de acreedores por no haber podido refinanciar la deuda ni llegar a ningún acuerdo con los acreedores de ningún tipo, no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

En cuanto a las ejecuciones de dichos bienes o derechos que estén en tramitación quedarán suspendidas desde que presenten la resolución del secretario judicial dando constancia de que se ha llevado a cabo la comunicación del 5bis.

Tampoco podrán iniciarse o, en su caso, quedarán suspendidas las ejecuciones singulares promovidas por los acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la disposición adicional cuarta, siempre que se justifique que un porcentaje no inferior al 51 por ciento de pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción del acuerdo de refinanciación, comprometiéndose a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia.

Sin embargo, y como excepción a todo este sistema que acabamos de explicar de paralización de ejecuciones, la presentación de la comunicación del 5 bis, no impedirá que los acreedores con garantía real ejerciten la acción real frente a los bienes y derechos sobre los que recaiga su garantía sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento, quede paralizado en los términos que explicábamos con carácter general para la comunicación del 5 bis.

Hay una importante exclusión a la aplicación de todos estos efectos de suspensión y paralización de ejecuciones, y éste sí con carácter absoluto, que acabamos de explicar, y es el lde la exclusión en todo caso de tales efectos a los procedimientos de ejecución que tengan por objeto hacer efectivos créditos de derecho público.

Transcurridos tres meses desde la comunicación al juzgado del 5 bis, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya lo hubiera solicitado el mediador concursal o no se encontrara en estado de insolvencia.

Formulada la comunicación prevista en este artículo, no podrá formularse otra por el mismo deudor en el plazo de un año.

2. Acuerdos de refinanciación

La Ley Concursal distingue entre los acuerdos de refinanciación del artículo 71 de la misma y los de la Disposición Adicional 4ª.

a) Acuerdos de refinanciación del artículo 71 LCo (o sin necesidad de homologación judicial)

Se trata de acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor y que van a estar protegidos ante cualquier acción tendente a pedir su ineficacia en el concurso (acciones de reintegración) siempre y cuando se den los siguientes requisitos:

1. Se proceda por medio del acuerdo de refinanciación, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo; y

2. Con anterioridad a la declaración del concurso:

1. El acuerdo haya sido suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación. En el caso de acuerdos de grupo, el porcentaje señalado se calculará tanto en base individual, en relación con todas y cada una de las sociedades afectadas, como en base consolidada, en relación con los créditos de cada grupo o subgrupo afectados y excluyendo en ambos casos del cómputo del pasivo los préstamos y créditos concedidos por sociedades del grupo.
2. Se emita certificación del auditor de cuentas del deudor sobre la suficiencia del pasivo que se exige para adoptar el acuerdo. De no existir, será auditor el nombrado al efecto por el registrador mercantil del domicilio del deudor y, si éste fuera un grupo o subgrupo de sociedades, el de la sociedad dominante.
3. El acuerdo haya sido formalizado en instrumento público al que se habrán unido todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores.

Tampoco serán rescindibles los acuerdos de refinanciación que, realizados con anterioridad a la declaración de concurso, no puedan acogerse a los requisitos que acabamos de enunciar, pero sí cumplan, sin embargo, todas las condiciones siguientes, ya sea de forma individual o conjuntamente con otros que se hayan realizado en ejecución del mismo acuerdo de refinanciación:

- i. Que incrementen la proporción de activo sobre pasivo previa.
- ii. Que el activo corriente resultante sea superior o igual al pasivo corriente.
- iii. Que el valor de las garantías resultantes a favor de los acreedores intervinientes no exceda de los nueve décimos del valor de la deuda pendiente a favor de los mismos, ni de la proporción de garantías sobre deuda pendiente que tuviesen con anterioridad al acuerdo. Se entiende

Código de campo cambiado

Con formato: Español (España)

Con formato: Español (España)

Con formato: Español (España)

por valor de las garantías el definido en el apartado 2 de la Disposición adicional cuarta.

- iv. Que el tipo de interés aplicable a la deuda subsistente o resultante del acuerdo de refinanciación a favor del o de los acreedores intervinientes no exceda en más de un tercio al aplicable a la deuda previa.
- v. Que el acuerdo haya sido formalizado en instrumento público otorgado por todas las partes intervinientes en el mismo, y con constancia expresa de las razones que justifican, desde el punto de vista económico, los diversos actos y negocios realizados entre el deudor y los acreedores intervinientes, con especial mención de las condiciones previstas en las letras anteriores.

Para verificar el cumplimiento de las condiciones i) y ii) anteriores se tendrán en cuenta todas las consecuencias de índole patrimonial o financiera, incluidas las fiscales, las cláusulas de vencimiento anticipado, u otras similares, derivadas de los actos que se lleven a cabo, aun cuando se produzcan con respecto a acreedores no intervinientes.

Con formato: Español (España)

El cumplimiento de todas las condiciones anteriores deberá darse en el momento de la suscripción del instrumento público en el que se recojan los acuerdos.

Por otra parte, y teniendo ello carácter ahora voluntario, tanto el deudor como los acreedores podrán solicitar el nombramiento de un experto independiente para que informe sobre el carácter razonable y realizable del plan de viabilidad, sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo, así como las demás menciones que, en su caso, prevea la normativa aplicable. Cuando el informe contuviera reservas o limitaciones de cualquier clase, su importancia deberá ser expresamente evaluada por los firmantes del acuerdo.

El nombramiento de un experto independiente corresponderá al registrador mercantil del domicilio del deudor. Si el acuerdo de refinanciación afectara a varias sociedades del mismo grupo, el informe podrá ser único y elaborado por un solo experto, designado por el registrador del domicilio de la sociedad dominante, si estuviera afectada por el acuerdo o, en su defecto, por el del domicilio de cualquiera de las sociedades del grupo.

- b) Acuerdos de refinanciación de la Disposición Adicional 4ª (o con necesidad de homologación judicial).

Estos acuerdos de refinanciación son los que se suscriben por acreedores que representen al menos el 51 por ciento de los pasivos financieros, y que reúna en el momento de su adopción, los siguientes requisitos:

Con formato: Español (España)

1) En virtud de éstos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo; y

Con formato: Español (España)

- 2) Con anterioridad a la declaración del concurso:

a. Se emita certificación del auditor de cuentas del deudor sobre la suficiencia del pasivo que se exige para adoptar el acuerdo. De no existir, será auditor el nombrado al efecto por el registrador mercantil del domicilio del deudor y, si

éste fuera un grupo o subgrupo de sociedades, el de la sociedad dominante.

b. El acuerdo haya sido formalizado en instrumento público al que se habrán unido todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores.

Estos acuerdos han de ser homologados judicialmente, y no podrán ser objeto de rescisión.

No se tendrán en cuenta, a efectos del cómputo de las mayorías indicadas, los pasivos financieros titularidad de acreedores que tengan la consideración de persona especialmente relacionada conforme al apartado 2 del artículo 93 quienes, no obstante, podrán quedar afectados por la homologación prevista en esta Disposición adicional.

A los efectos de esta Disposición, tendrán la consideración de acreedores de pasivos financieros los titulares de cualquier endeudamiento financiero con independencia de que estén o no sometidos a supervisión financiera. Quedan excluidos de tal concepto los acreedores por créditos laborales, los acreedores por operaciones comerciales y los acreedores de pasivos de derecho público.

A los efectos del cómputo de las mayorías necesarias para la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación y la extensión de sus efectos a acreedores no participantes o disidentes, se entenderá, en caso de acuerdos sujetos a un régimen o pacto de sindicación que los acreedores suscriben el acuerdo de refinanciación cuando voten a su favor los que representen al menos el 75 por ciento del pasivo representado por el acuerdo, salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última.

Voluntariamente podrán adherirse al acuerdo de refinanciación homologado los demás acreedores que no lo sean de pasivos financieros ni de pasivos de derecho público. Estas adhesiones no se tendrán en cuenta a efectos del cómputo de las mayorías previstas en esta Disposición.

A los efectos de la presente Disposición Adicional Cuarta, se entenderá por valor de la garantía real de que goce cada acreedor el resultante de deducir, de los nueve décimos del valor razonable del bien sobre el que esté constituida dicha garantía, las deudas pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien, sin que en ningún caso el valor de la garantía pueda ser inferior a cero ni superior al valor del crédito del acreedor correspondiente.

A estos exclusivos efectos, se entiende por valor razonable:

a) En caso de valores mobiliarios que coticen en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado o en instrumentos del mercado monetario, el precio medio ponderado al que hubieran sido negociados en uno o varios mercados regulados en el último trimestre anterior a la fecha de inicio de las negociaciones para alcanzar el acuerdo de refinanciación, de conformidad con la certificación emitida por la sociedad rectora del mercado secundario oficial o del mercado regulado de que se trate.

b) En caso de bienes inmuebles, el resultante de informe emitido por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro Especial del Banco de España.

c) En caso de bienes distintos de los señalados en las letras anteriores, el resultante de informe emitido por experto independiente de conformidad con los principios y las

normas de valoración generalmente reconocidos para esos bienes.

Los informes previstos en las letras b) y c) no serán necesarios cuando dicho valor hubiera sido determinado por experto independiente, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de inicio de las negociaciones para alcanzar el acuerdo de refinanciación.

Si concurrieran nuevas circunstancias que pudieran modificar significativamente el valor razonable de los bienes, deberá aportarse nuevo informe de experto independiente.

En el caso de que la garantía a favor de un mismo acreedor recaiga sobre varios bienes, se sumará la resultante de aplicar sobre cada uno de los bienes la regla del párrafo primero, sin que el valor conjunto de las garantías pueda tampoco exceder del valor del crédito del acreedor correspondiente.

En caso de garantía constituida en proindiviso a favor de dos o más acreedores, el valor de la garantía correspondiente a cada acreedor será el resultante de aplicar al valor total de la garantía la proporción que en la misma corresponda a cada uno de ellos, según las normas y acuerdos que rijan el proindiviso, sin perjuicio de las normas que, en su caso, resulten de aplicación a los préstamos sindicados.

A los acreedores de pasivos financieros que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o que hayan mostrado su disconformidad al mismo y cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real, se les extenderán, por la homologación judicial, los siguientes efectos acordados en el acuerdo de refinanciación:

a) Si el acuerdo ha sido suscrito por acreedores que representen al menos el 60 por ciento del pasivo financiero, las esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años, o la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo.

b) Si el acuerdo ha sido suscrito por acreedores que representen al menos el 75 por ciento del pasivo financiero, las siguientes medidas:

1.º Las esperas con un plazo de cinco años o más, pero en ningún caso superior a diez.

2.º Las quitas.

3.º La conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora. En este caso:

i) Los acreedores que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o que hayan mostrado su disconformidad al mismo podrán optar entre la conversión de deuda en capital o una quita equivalente al importe del nominal de las acciones o participaciones que les correspondería suscribir o asumir y, en su caso, de la correspondiente prima de emisión o de asunción. A falta de indicación expresa, se entenderá que los citados acreedores optan por la referida quita.

ii) El acuerdo de aumento de capital del deudor necesario para la capitalización de créditos deberá adoptarse por la mayoría prevista, respectivamente, para las sociedades de responsabilidad limitada y anónimas en los artículos 198 y 201.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo

1/2010, de 2 de julio. A efectos del artículo 301.1 del citado Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se entenderá que los pasivos financieros son líquidos, están vencidos y son exigibles.

4.º La conversión de deuda en préstamos participativos por un plazo de cinco años o más, pero en ningún caso superior a diez, en obligaciones convertibles o préstamos subordinados, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original.

5.º La cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago de la totalidad o parte de la deuda.

Por la homologación judicial, se extenderán a los acreedores de pasivos financieros que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o que hayan mostrado su disconformidad al mismo, por la parte de su crédito que no exceda del valor de la garantía real, los efectos señalados con anterioridad, siempre que uno o más de dichos efectos hayan sido acordados, con el alcance que se convenga, por las siguientes mayorías, calculadas en función de la proporción del valor de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas:

a) Del 65%, cuando se trate de las medidas previstas en la letra a) del apartado anterior.

b) Del 80%, cuando se trate de las medidas previstas en la letra b) del apartado anterior.

La competencia para conocer de esta homologación corresponderá al juez de lo mercantil que, en su caso, fuera competente para la declaración del concurso de acreedores.

La solicitud podrá ser formulada por el deudor o por cualquier acreedor que haya suscrito el acuerdo de refinanciación y se acompañará del acuerdo de refinanciación adoptado, de la certificación del auditor sobre la suficiencia de las mayorías que se exigen para adoptar los acuerdos con los efectos previstos para cada caso, de los informes que en su caso hayan sido emitidos por expertos independientes designados conforme al artículo 71 bis.4 y de la certificación del acuerdo de aumento de capital en caso de que ya hubiera sido adoptado. Si se hubiera emitido certificación, tasación o informe de los previstos en el apartado 2 de esta Disposición, también se acompañarán a la solicitud. El juez, examinada la solicitud de homologación, dictará providencia admitiéndola a trámite y declarará la paralización de las ejecuciones singulares hasta que se acuerde la homologación.

El secretario judicial ordenará la publicación de la providencia en el Registro Público Concursal por medio de un anuncio que contendrá los datos que identifiquen el deudor, el juez competente, el número del procedimiento judicial de homologación, la fecha del acuerdo de refinanciación y los efectos de aquellas medidas que en el mismo se contienen, con la indicación de que el acuerdo está a disposición de los acreedores en el Juzgado Mercantil competente donde se hubiere depositado para la publicidad, incluso telemática, de su contenido.

El juez otorgará la homologación siempre que el acuerdo reúna los requisitos previstos en el apartado primero de esta Disposición y declarará la extensión de efectos que corresponda cuando el auditor certifique la concurrencia de las mayorías requeridas en los apartados tercero o cuarto.

La resolución por la que se apruebe la homologación del acuerdo de refinanciación se adoptará mediante un trámite de urgencia en el plazo de quince días y se publicará mediante anuncio insertado en el Registro Público Concursal y en el «Boletín Oficial del Estado», por medio de un extracto que contendrá los datos previstos en el último párrafo del apartado anterior.

Dentro de los quince días siguientes a la publicación, los acreedores de pasivos financieros afectados por la homologación judicial que no hubieran suscrito el acuerdo de homologación o que hubiesen mostrado su disconformidad al mismo podrán impugnarla. Los motivos de la impugnación se limitarán exclusivamente a la concurrencia de los porcentajes exigidos en esta disposición y a la valoración del carácter desproporcionado del sacrificio exigido.

Todas las impugnaciones se tramitarán conjuntamente por el procedimiento del incidente concursal, y se dará traslado de todas ellas al deudor y al resto de los acreedores que son parte en el acuerdo de refinanciación para que puedan oponerse a la impugnación. La sentencia que resuelva sobre la impugnación de la homologación, que deberá dictarse en un plazo de 30 días, no será susceptible de recurso de apelación y se le dará la misma publicidad prevista para la resolución de homologación.

8 Los efectos de la homologación del acuerdo de refinanciación se producen en todo caso y sin posibilidad de suspensión desde el día siguiente al de la publicación de la sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Los acreedores de pasivos financieros que no hubieran suscrito el acuerdo de homologación o que hubiesen mostrado su disconformidad al mismo pero resultasen afectados por la homologación mantendrán sus derechos frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar ni la aprobación del acuerdo de refinanciación ni los efectos de la homologación en perjuicio de aquéllos. Respecto de los acreedores financieros que hayan suscrito el acuerdo de refinanciación, el mantenimiento de sus derechos frente a los demás obligados, fiadores o avalistas, dependerá de lo que se hubiera acordado en la respectiva relación jurídica.

En caso de no cumplir el deudor los términos del acuerdo de refinanciación, cualquier acreedor, adherido o no al mismo, podrá solicitar, ante el mismo juez que lo hubiera homologado, la declaración de su incumplimiento, a través de un procedimiento equivalente al incidente concursal, del que se dará traslado al deudor y a todos los acreedores comparecidos para que puedan oponerse a la misma.

Declarado el incumplimiento, los acreedores podrán instar la declaración de concurso de acreedores o iniciar las ejecuciones singulares. La sentencia que resuelva el incidente no será susceptible de recurso de apelación.

2. PRESUPUESTOS DEL CONCURSO

Para que se declare un concurso de acreedores, es necesario que se cumplan tres presupuestos fundamentales: uno objetivo, uno subjetivo y uno formal.

2.1. EL PRESUPUESTO OBJETIVO: LA INSOLVENCIA

Con formato: Español (España)

Hemos de entender por supuesto objetivo como aquella situación de hecho que tiene que darse para entender que un determinado sujeto se encuentra en situación de concurso de acreedores. De esta manera, hemos de entender que el supuesto objetivo del concurso de acreedores es la insolvencia del deudor.

Así, ha de entenderse que está en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (art. 2 LC). La insolvencia, a su vez, se clasifica en dos tipos, la insolvencia actual y la insolvencia inminente.

Por una parte, la insolvencia es *actual* cuando el deudor ya no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles, esto es, a día de hoy ya no puede pagar a sus acreedores. Por otra parte, la insolvencia es *inminente* cuando el deudor prevé que no podrá cumplir con sus obligaciones de pago, esto es, por el momento puede pagar a sus acreedores, pero prevé razonablemente que, en un breve periodo de tiempo, no podrá hacerlo, esto es, su insolvencia no es actual, pero se prevé que va a serlo de forma más o menos inminente.

La diferencia entra ambas es fundamental de cara a las *consecuencias jurídicas* que produce. Así, mientras que en los casos de insolvencia inminente, el deudor tiene derecho a solicitar su declaración de concurso, y nadie puede pedirla por él (no habrá lugar a concursos necesarios en esta situación, como ya veremos más adelante); en la insolvencia actual, en cambio, el deudor tiene la obligación de solicitar el concurso de acreedores en el plazo previsto por la ley, pudiendo incurrir de lo contrario en responsabilidad, y siendo una causa ésta, la solicitud tardía del concurso, de lo que más tarde veremos se denomina calificación de culpabilidad del mismo. A mayor abundamiento, en este caso, cualquier acreedor, entre otros, podría solicitar la declaración del concurso del propio deudor dando lugar a un concurso necesario, con las consecuencias que, más adelante veremos, éste conlleva.

Así las cosas, la determinación del momento en que el deudor se encuentra en insolvencia actual es vital de cara al cumplimiento con su obligación de solicitar el concurso de acreedores.

El plazo que la LC otorga a aquel que se encuentra en estado de insolvencia actual para solicitar la declaración del concurso de acreedores es un *plazo de dos meses a contar desde el momento en que el deudor hubiera conocido o debiera conocer su situación de insolvencia*, con las excepciones ya tratadas en relación a la moratoria prevista para las soluciones paraconcursoales.

Así, de cara a determinar el momento en que el deudor conoció o debió conocer su estado de insolvencia, la LC establece una serie de *presunciones*, esto es, define una serie de hechos que, de constatarse su existencia, determinarían, salvo prueba en contra, que el deudor conoce o debe conocer que se halla en situación de insolvencia (art. 2.4 LC). Estas presunciones son las siguientes::

1. *El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor*. Es decir, el deudor deja de cumplir de manera generalizada con sus obligaciones de pago.

2. *La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor*. Los acreedores han demandado al acreedor judicialmente o a través de procedimiento administrativo el pago de las cantidades, y habiendo estimado el juez o la autoridad administrativa correspondiente que asiste ese derecho de cobro al deudor, ha decretado embargo de cantidades o bienes del deudor para hacer frente a esa deuda frente al acreedor. Esta situación de embargos sobre el patrimonio debe tener carácter general, no

siendo suficiente embargos puntuales que no afecten generalizadamente al patrimonio del deudor.

3. El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor. El deudor, ante la situación en la que prevé va a verse inmerso, dispone de bienes o derechos por un precio inferior al de su valor de mercado y apresuradamente.

4. El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades. Son las que se han venido a denominar «obligaciones sensibles».

Con formato: Español (España)

2.2. EL PRESUPUESTO SUBJETIVO

El presupuesto subjetivo hace mención a quiénes pueden ser declarados en concurso de acreedores.

Pueden ser declarados en concurso tanto las personas físicas como las personas jurídicas. Igualmente, podrá ser declarada en concurso una herencia en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente, ya que en ese caso se confundirían activo y pasivo de herencia con las de aquel que la aceptó pura y simplemente y no procedería concurso de la herencia, sino, en su caso, de aquel que la hubiera aceptado.

Sin embargo, no podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público.

Con formato: Español (España)

2.3. EL PROCEDIMIENTO FORMAL: LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

Una vez tenemos identificado el presupuesto objetivo, la insolvencia, y el presupuesto subjetivo, el deudor que es susceptible de ser declarado en concurso de acreedores, vamos a proceder a estudiar cuál es el proceso que se inicia con la solicitud del concurso de acreedores y finaliza con la declaración del mismo, esto es, lo que se ha venido a llamar el presupuesto formal del concurso de acreedores.

En primer lugar, por tanto, hemos de analizar quién está legitimado para solicitar el concurso de acreedores. Así, estarán legitimados (art. 3 LC):

1. El deudor

El deudor está legitimado, como no puede ser de otra manera, para solicitar su propio concurso de acreedores, es más, no sólo está legitimado sino que, como hemos tenido oportunidad ya de saber, está obligado a ello cuando se encuentra en situación de insolvencia actual.

Cuando es el deudor el que solicita su declaración de concurso en tiempo y forma, éste se suele declarar en forma de concurso voluntario, lo que conlleva como regla general que el propio deudor mantenga sus facultades de disposición y administración, nombrándose un administrador concursal que va a ostentar tan sólo facultades de intervención. Esto significa

que el deudor podrá seguir gestionando su propio negocio a través de su órgano de administración social, si bien el administrador concursal deberá autorizar los actos de disposición y administración que el concursado pretenda llevar a cabo desde la fecha de declaración de concurso.

Si el deudor fuera persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o de liquidación.

2. Los acreedores

Los acreedores estarán legitimados igualmente a solicitar el concurso de un deudor suyo cuando en este concurren los presupuestos objetivo y subjetivo enunciados en la LC. No obstante lo anterior, no estará legitimado para solicitar un concurso de acreedores, aquel acreedor que, dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud, hubiera adquirido el crédito por actos *inter vivos* y a título singular, después de su vencimiento.

3. Los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables, conforme a la legislación vigente, de las deudas de una persona jurídica podrán además solicitar el concurso de ésta.

4. Los acreedores del deudor fallecido, los herederos de éste y el administrador de la herencia podrán solicitar la declaración de concurso de la herencia no aceptada pura y simplemente. La solicitud formulada por un heredero producirá los efectos de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario.

Además, cuando en actuaciones por delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico se pongan de manifiesto indicios de estado de insolvencia de algún presunto responsable penal y de la existencia de una pluralidad de acreedores, el Ministerio Fiscal instará del juez que esté conociendo de la causa la comunicación de los hechos al juez de lo mercantil con competencia territorial para conocer del concurso del deudor, a los efectos pertinentes, por si respecto de éste se encontrase en tramitación un procedimiento concursal. Asimismo, instará el Ministerio Fiscal del juez que conozca de la causa la comunicación de aquellos hechos a los acreedores cuya identidad resulte de las actuaciones penales en curso, a fin de que, en su caso, puedan solicitar la declaración de concurso o ejercitar las acciones que les correspondan.

Por otra parte, la solicitud de concurso de acreedores no sólo debe hacerse por quien tenga legitimación para ello en los términos aquí expuestos, sino que, además, habrá de llevarse a cabo en una determinada forma y aportando una concreta información y documentación. Así, los requisitos formales para solicitar la declaración de concurso serán diferentes dependiendo de quién lo solicite.

Así, en caso de que sea el propio deudor el que solicite su concurso de acreedores, éste deberá:

1º) Presentar un escrito de solicitud de declaración de concurso donde habrá de especificar si su estado de insolvencia es actual o si lo prevé como inminente.

2º) Acompañar a la solicitud los siguientes documentos:

a) Poder especial para solicitar el concurso. Este documento podrá ser sustituido mediante la realización de apoderamiento *apud acta*, esto es, mediante declaración ante el secretario judicial del juzgado de lo mercantil que fuera a conocer del procedimiento concursal en virtud

de la cual se conceda igualmente poder suficiente a abogado y procurador para solicitar el concurso en su nombre y representación.

b) La memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor, de la actividad o actividades a que se haya dedicado durante los tres últimos años y de los establecimientos, oficinas y explotaciones de que sea titular, de las causas del estado en que se encuentre y de las valoraciones y propuestas sobre la viabilidad patrimonial. Además,

i) Si el deudor fuera persona casada, indicará en la memoria la identidad del cónyuge, con expresión del régimen económico del matrimonio.

ii) Si el deudor fuera persona jurídica, indicará en la memoria la identidad de los socios o asociados de que tenga constancia, de los administradores o de los liquidadores y, en su caso, del auditor de cuentas, así como si forma parte de un grupo de empresas, enumerando las entidades integradas en éste, y si tiene admitidos valores a cotización en mercado secundario oficial.

iii) Si se tratase de una herencia, se indicarán en la memoria los datos del causante.

c) Un inventario de bienes y derechos, con expresión de su naturaleza, lugar en que se encuentren, datos de identificación registral en su caso, valor de adquisición, correcciones valorativas que procedan y estimación del valor real actual. Se indicarán también los gravámenes, trabas y cargas que afecten a estos bienes y derechos, con expresión de su naturaleza y los datos de identificación.

d) Relación de acreedores, por orden alfabético, con expresión de la identidad, domicilio y dirección electrónica de cada uno de ellos, así como de la cuantía y el vencimiento de los respectivos créditos y las garantías personales o reales constituidas. Si algún acreedor hubiera reclamado judicialmente el pago, se identificará el procedimiento correspondiente y se indicará el estado de las actuaciones.

e) La plantilla de trabajadores en su caso y la identidad del órgano de representación de los mismos si lo hubiere.

3º) Si el deudor estuviera legalmente obligado a llevar contabilidad, acompañará además:

1. Cuentas anuales y, en su caso, informes de gestión o informes de auditoría correspondientes a los tres últimos ejercicios.

2. Memoria de los cambios significativos operados en el patrimonio con posterioridad a las últimas cuentas anuales formuladas y depositadas y de las operaciones que por su naturaleza, objeto o cuantía excedan del giro o tráfico ordinario del deudor.

3. Estados financieros intermedios elaborados con posterioridad a las últimas cuentas anuales presentadas, en el caso de que el deudor estuviese obligado a comunicarlos o remitirlos a autoridades supervisoras.

4. En el caso de que el deudor forme parte de un grupo de empresas, como sociedad dominante o como sociedad dominada, acompañará también las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados correspondientes a los tres últimos ejercicios sociales y el informe de auditoría emitido en relación con dichas cuentas, así como una memoria expresiva de las operaciones realizadas con otras sociedades del grupo durante ese mismo período.

Como puede comprobarse, se trata de una información copiosa pero realmente necesaria, tanto para que el juez pueda tener elementos suficientes de hecho para determinar si el

solicitante realmente se encuentra o no en situación de concurso de acreedores y, de ser así, las condiciones con las que ha de declarar éste. Es por eso que cuando no se acompaña alguno de los documentos mencionados o cuando alguno de ellos no cumple con los requisitos o datos exigidos, el deudor deberá expresar en su solicitud la causa que lo motiva.

En cambio, cuando el que lo solicita es un acreedor éste deberá presentar escrito de solicitud de concurso en el que habrá de expresar el título o hecho en el que funda su solicitud. Los títulos o hechos en los que puede fundar su solicitud coinciden con los enunciados con anterioridad en relación a las presunciones de que el deudor conoce o debe conocer su situación de insolvencia, las previstas en el artículo 2 apartado 4 de la LC. Así mismo, deberán expresar en el escrito de solicitud el origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento, y situación actual del crédito, del que deberán acompañar todos los documentos que lo acrediten.

Los demás legitimados deberán expresar en la solicitud el carácter en el que la formulan, acompañando el documento del que resulte su legitimación o proponiendo la prueba para acreditarla.

En todos los casos, los legitimados para ello deberán presentar la solicitud de concurso ante el juzgado de lo mercantil del domicilio del deudor. Si hubiera más de uno en la circunscripción territorial correspondiente, se turnará la solicitud por reparto a uno de ellos.

En el mismo día o, si no fuera posible, en el siguiente hábil al de su reparto, el juez examinará la solicitud de concurso y, si la estimara completa, salvo las especificidades previstas respecto de las personas jurídicas a las que se refiere el artículo 13.1 de la LC, procederá:

1. En los casos en que el propio deudor solicitó su concurso:

- A dictar auto de declaración de concurso si estima se dan los presupuestos para ello.
- A archivar la solicitud, en caso contrario.

2. Cuando la solicitud hubiera sido presentada por un acreedor y se fundara en un embargo o en una investigación de patrimonio infructuosos o que hubiera dado lugar a una declaración administrativa o judicial de insolvencia, el juez dictará auto de declaración de concurso el primer día hábil siguiente.

3. Cuando la solicitud hubiera sido presentada por cualquier legitimado distinto al deudor y por un hecho distinto del anterior, el juez dictará auto, admitiéndola a trámite y ordenando el emplazamiento del deudor, con traslado de la solicitud, para que comparezca en el plazo de cinco días, dentro del cual se le pondrán de manifiesto los autos y podrá formular oposición a la solicitud, proponiendo los medios de prueba de que intente valerse; o bien allanamiento, es decir, mostrar conformidad por parte del deudor respecto a su situación de concurso y por tanto, la procedencia de la declaración del mismo.

a) En caso de allanamiento del deudor o de que éste no formulase oposición en plazo, el juez dictará auto declarando el concurso de acreedores.

b) En caso de oposición, el deudor podrá basar ésta en la inexistencia del hecho en que se fundamenta la solicitud o en que, aun existiendo, no se encuentra en estado de insolvencia. En este último caso, incumbirá al deudor la prueba de su solvencia y, si estuviera obligado legalmente a llevar contabilidad, esta prueba habrá de basarse en la que llevara conforme a derecho. Una vez el deudor formule la oposición, el secretario judicial, al siguiente día, citará

a las partes a la vista, a celebrar en el plazo de tres días, previniéndolas para que comparezcan a ella con todos los medios de la prueba que pueda practicarse en el acto y, si el deudor estuviera obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, advirtiéndole para que comparezca con los libros contables de llevanza obligatoria. La vista se celebrará bajo la presidencia del juez, dentro de los 10 días siguientes a aquél en que se hubiera formulado oposición. Practicadas las pruebas declaradas pertinentes o transcurrido el plazo fijado para ello, el juez, dentro de los tres días siguientes, dictará auto declarando el concurso o desestimando la solicitud. En caso de desestimación de la solicitud de concurso, una vez firme el auto, se procederá, a petición del deudor, a la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se le hubieran ocasionado como consecuencia de la solicitud de concurso, y, una vez determinados, se requerirá de pago al solicitante del concurso, procediéndose de inmediato, si no los pagase, a su exacción forzosa. Contra el pronunciamiento del auto sobre la estimación o desestimación de la solicitud de concurso cabrá, en todo caso, recurso de apelación.

En cualquiera de los casos en los que el juez de lo mercantil entendiere que procede la declaración de concurso, éste dictará un auto en virtud del cual se ordenará la misma y que comenzará a producir efectos desde el mismo día en que se haya dictado.

2.4. EL AUTO DECLARATIVO

Como adelantábamos con anterioridad, el auto de declaración de concurso es aquella resolución dictada por el juez de lo mercantil, el juez del concurso, en virtud de la cual se acuerda por parte del juez la situación de concurso del deudor, y cuya fecha, marca un antes y un después, es un punto de inflexión, en tanto en cuanto produce una serie de efectos de vital importancia, lo que veremos más adelante.

El auto de declaración de concurso deberá contener los siguientes pronunciamientos:

1. El carácter necesario o voluntario del concurso, con indicación, en su caso, de que el deudor ha solicitado la liquidación o ha presentado propuesta anticipada de convenio. El concurso es necesario cuando no ha sido el concursado el que ha solicitado su concurso sino terceros con legitimación para ello. En estos casos se suele, como regla general, suspender las facultades de administración y disposición de contenido patrimonial al deudor, cuyo órgano de administración social viene a ser sustituido por la administración concursal, en el caso de ser persona jurídica, o que, en caso de ser persona física, simplemente deja de tener facultades para llevar a cabo tales actos, pasando éstas, igualmente, a manos de la administración concursal.

El concurso es voluntario cuando el concursado ha solicitado su propio concurso. En estos casos, como regla general, se suele intervenir las facultades de disposición y administración de contenido patrimonial del deudor, cuyo órgano de administración social va a seguir ostentando las facultades que le son propias, si bien sometido a un régimen de autorizaciones por parte de la administración concursal. Sin embargo, hay un caso en el que, aun habiendo solicitado el concurso el deudor, éste se ha de declarar como necesario y no como voluntario, se trata del supuesto en que, en los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud del deudor, se hubiera presentado y admitido a trámite otra por cualquier legitimado, aunque éste hubiera desistido, no hubiera comparecido o no se hubiese ratificado (art. 22 LC).

Con formato: Español (España)

2. Los efectos sobre las facultades de administración y disposición del deudor respecto de su patrimonio, así como el nombramiento y las facultades de los administradores concursales.

3. En caso de concurso necesario, el requerimiento al deudor para que presente, en el plazo de 10 días a contar desde la notificación del auto, los documentos que habría de haber presentado si hubiera llevado a cabo su propia solicitud de concurso (art. 6 LC).

4. En su caso, las medidas cautelares que el juez considere necesarias para asegurar la integridad, la conservación o la administración del patrimonio del deudor hasta que los administradores concursales acepten el cargo.

5. El llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos, en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» del auto de declaración de concurso.

6. La publicidad que haya de darse a la declaración de concurso.

7. En caso de persona física, y si procediera, la decisión sobre la formación de pieza separada, conforme a lo dispuesto en relación con la disolución de la sociedad de gananciales.

8. En su caso, la decisión sobre la procedencia de aplicar el procedimiento abreviado.

Una vez ha sido dictado el auto del concurso, además, la administración concursal habrá de llevar a cabo sin demora una comunicación individualizada a cada uno de los acreedores cuya identidad y domicilio consten en la documentación que obre en autos, informando de la declaración de concurso y del deber de comunicar los créditos en la forma establecida por la Ley. La comunicación, tras la reforma de 2011, se debe realizar por medios telemáticos, informáticos o electrónicos cuando conste la dirección electrónica del acreedor. Sin embargo, en relación a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y a la Tesorería General de la Seguridad Social, habrá de comunicárseles aunque no consten como acreedores, a través de los medios electrónicos que éstas habiliten en sus respectivas sedes electrónicas. Igualmente se comunicará a la representación de los trabajadores, si la hubiere, haciéndoles saber de su derecho a personarse en el procedimiento como parte.

La publicidad de la declaración de concurso, así como de las restantes notificaciones, comunicaciones y trámites del procedimiento, se realizará preferentemente por medios telemáticos, informáticos y electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine, garantizando la seguridad y la integridad de las comunicaciones. El extracto de la declaración de concurso se publicará, con la mayor urgencia y de forma gratuita, en el BOE, y contendrá únicamente los datos indispensables para la identificación del concursado, incluyendo su Número de Identificación Fiscal, el juzgado competente, el número de autos y el Número de Identificación General del procedimiento, la fecha del auto de declaración de concurso, el plazo establecido para la comunicación de los créditos, la identidad de los administradores concursales, el domicilio postal y la dirección electrónica señalados para que los acreedores, a su elección, efectúen la comunicación de créditos, el régimen de suspensión o intervención de facultades del concursado y la dirección electrónica del Registro Público Concursal donde se publicarán las resoluciones que traigan causa del concurso.

El juez podrá igualmente acordar cualquier otra forma de publicidad complementaria siempre y cuando la considerara imprescindible para la efectiva difusión de los actos de concurso.

Las demás resoluciones que, conforme a esta Ley, deban ser publicadas por medio de edictos, lo serán en el Registro Público Concursal y en el tablón de anuncios del juzgado.

El auto de declaración del concurso así como el resto de resoluciones concursales que conforme a las disposiciones de esta Ley deban ser objeto de publicidad, se insertarán además en el Registro Público Concursal con arreglo al procedimiento que reglamentariamente se establezca.

Adicionalmente, la declaración de concurso resulta merecedora igualmente de publicidad registral que resulte procedente (registro mercantil, registro de la propiedad, registro civil, registro de bienes muebles, etc.).

Con formato: Español (España)

2.5. PROCEDIMIENTO ABREVIADO

El procedimiento abreviado es un procedimiento concursal de carácter simplificado previsto para deudores con un pasivo de menor entidad.

Así, el juez podrá aplicar el procedimiento abreviado cuando, a la vista de la información disponible, considere que el concurso no reviste especial complejidad, atendiendo a las siguientes circunstancias:

1. Que la lista presentada por el deudor incluya menos de cincuenta acreedores.
2. Que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros.
3. Que la valoración de los bienes y derechos no alcance los cinco millones de euros.

También podrá aplicarlo cuando el deudor presente propuesta anticipada de convenio o una propuesta de convenio que incluya una modificación estructural por la que se transmita íntegramente su activo y su pasivo.

Por otra parte, cuando el deudor sea una persona natural el juez valorará especialmente si responde o es garante de las deudas de una persona jurídica y si es administrador de alguna persona jurídica.

Sin embargo, el juez aplicará necesariamente el procedimiento abreviado, por lo que ya no estamos ante una mera discrecionalidad de éste, sino ante una previsión de cumplimiento obligatorio, cuando el deudor presente, junto con la solicitud de concurso, un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento o que el deudor hubiera cesado completamente en su actividad y no tuviera en vigor contratos de trabajo.

En caso de que existiera una modificación de las circunstancias antedichas, el juez podrá, a instancias del deudor, de la administración concursal, o del propio acreedor, y atendiendo a la mayor o menor complejidad del concurso, transformar un procedimiento abreviado en ordinario o un procedimiento ordinario en abreviado.

El concurso abreviado se caracteriza por tener especiales previsiones en relación al acortamiento de los plazos, a la presentación de concurso con propuesta anticipada de convenio, así como a la presentación de concurso con petición de liquidación anticipada. Por tanto, la LC regula estas especialidades del procedimiento abreviado disponiendo que, supletoriamente, se aplicarán a este procedimiento las normas del ordinario, esto es, que todo aquello que no tenga previsto una específica regulación dentro de las especialidades que la Ley establece para el procedimiento abreviado, habrá de regirse por lo previsto para el procedimiento ordinario.

Así, entre las especiales previsiones que lleva a cabo la LC en relación al procedimiento concursal abreviado, hemos de citar, en relación al acortamiento de plazos (art. 191 LC), las siguientes:

1. El administrador concursal deberá presentar el inventario de bienes y derechos de la masa activa dentro de los 15 días siguientes a la aceptación del cargo.

2. El administrador concursal deberá presentar su informe en el plazo de un mes, contado a partir de la aceptación del cargo. Razonadamente, podrá solicitar al juez una prórroga que en ningún caso excederá de 15 días.

3. El administrador concursal practicará la comunicación a los acreedores del inventario y del pasivo del concurso al menos 5 días antes de la presentación de la lista de acreedores.

4. El secretario judicial formará pieza separada en la que se tramitará lo relativo a las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores, y, al día siguiente, sin incoar incidente, dará traslado de las mismas al administrador concursal. Éste en el plazo de 10 días, comunicará al juzgado si acepta la pretensión, incorporándola a los textos definitivos, o si se opone formalmente a la misma, proponiendo a su vez la prueba que considere pertinente. Contestada la demanda o transcurrido el plazo para ello, el proceso continuará con la contestación por parte del demandado (administración concursal y concursado) hasta que se dicte sentencia. Entre la contestación a la demanda y la sentencia se podrá celebrar vista si hubiera actividad probatoria que practicar. Si hubiera más de una impugnación, se acumularán de modo que se tramiten y resuelvan en una sola vista.

5. El administrador concursal deberá informar de inmediato al juez de la incidencia de las impugnaciones sobre el quórum y las mayorías necesarias para aprobar el convenio. Si las impugnaciones afectaran a menos del 20 % del activo o del pasivo del concurso, el juez podrá ordenar la finalización de la fase común y la apertura de la fase de convenio o liquidación, sin perjuicio del reflejo que las impugnaciones puedan tener en los textos definitivos.

6. El plazo para la presentación de propuestas ordinarias de convenio finalizará en todo caso 5 días después de la notificación del informe del administrador concursal. Admitida a trámite la propuesta de convenio, el secretario judicial señalará fecha para la celebración de la junta de acreedores dentro de los 30 días hábiles siguientes.

7. Si en el plazo previsto en el apartado anterior no se hubiera presentado propuesta de convenio, el secretario judicial abrirá de inmediato la fase de liquidación requiriendo al administrador concursal para que presente el plan de liquidación en el plazo improrrogable de diez días.

8. Una vez aprobado el plan, las operaciones de liquidación no podrán durar más de tres meses, prorrogables, a petición de la administración concursal, por un mes más.

Por su parte, en relación a las especialidades del procedimiento abreviado en caso de solicitud de concurso con presentación de propuesta de convenio (art. 191 bis LC), hemos de hacer mención a las siguientes:

1. En el auto de declaración de concurso el juez se pronunciará sobre la admisión a trámite de la propuesta de convenio presentada por el deudor con su solicitud.

2. El administrador concursal deberá evaluar la propuesta de convenio presentada por el deudor, dentro del plazo de diez días a contar desde la publicación de la declaración de

concurso.

3. La aceptación de la propuesta de convenio se realizará por escrito. Los acreedores que no se hubieran adherido antes a la propuesta de convenio presentada por el deudor podrán hacerlo hasta cinco días después de la fecha de presentación del informe del administrador concursal.

4. Dentro de los tres días siguientes a aquél en el que hubiere finalizado el plazo para formular adhesiones, el secretario judicial verificará si la propuesta de convenio alcanza la mayoría legalmente exigida y proclamará el resultado mediante decreto. Si la mayoría resultase obtenida, el juez, inmediatamente después de la expiración del plazo de oposición a la aprobación judicial del convenio, dictará sentencia aprobatoria, salvo que se hubiera formulado oposición a dicha aprobación o proceda su rechazo de oficio. Si hubiera oposición, el secretario judicial admitirá la demanda y el juez podrá requerir al impugnante que preste caución por los daños o perjuicios que para la masa pasiva y activa del concurso pueda suponer la demora en la aprobación del convenio.

Por último, entre las especialidades del procedimiento abreviado en caso de solicitud de concurso con presentación de plan de liquidación (art. 191 ter LC), hemos de reseñar las siguientes:

1. Si el deudor hubiera solicitado la liquidación al tiempo de la solicitud del concurso, el juez acordará de inmediato la apertura de la fase de liquidación.

2. Una vez se ha abierto la fase de liquidación, el secretario judicial dará traslado del plan de liquidación presentado por el deudor para que sea informado en el plazo de diez días por el administrador concursal y para que los acreedores puedan realizar alegaciones.

3. El informe del administrador concursal deberá incluir necesariamente el inventario de la masa activa del concurso y evaluar el efecto de la resolución de los contratos sobre las masas activa y pasiva del concurso.

4. En el auto por el que se apruebe el plan de liquidación, el juez podrá acordar la resolución de los contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes, con excepción de aquellos que se vinculen a una oferta efectiva de compra de la unidad productiva o de parte de ella.

5. En caso de suspenderse las operaciones de liquidación con motivo de las impugnaciones del inventario o de la lista de acreedores, el juez podrá requerir a los impugnantes para que presten una caución que garantice los posibles daños y perjuicios por la demora.

★

Con formato: Español (España)

3. LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

La administración concursal es uno de los órganos del concurso de acreedores, en concreto, el órgano auxiliar del juez del concurso. Está integrado generalmente por un miembro profesional, designado por el juez de entre las listas oficiales que les son facilitadas con aquellas personas que cumplen los requisitos fijados por la ley para desempeñar el cargo, y su función es principalmente la de procurar intervenir o gestionar las masas activas y pasivas de la concursada para lograr la mejor satisfacción de los acreedores, con respeto a los principios y normas propias de la LC y del resto de disposiciones legales aplicables.

3.1. COMPOSICIÓN

La administración concursal está integrada por un único miembro (modificación llevada a cabo por la reforma del 2011). Así, para poder ejercer el cargo de administrador concursal es necesario cumplir alguno de los siguientes requisitos:

1. Ser abogado en ejercicio con cinco años de experiencia profesional efectiva en el ejercicio de la abogacía, que hubiera acreditado formación especializada en Derecho Concursal.
2. Ser economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia profesional, con especialización demostrable en el ámbito concursal.
3. Ser una persona jurídica en la que se integre, al menos, un abogado en ejercicio y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, y que garantice la debida independencia y dedicación en el desarrollo de las funciones de administración concursal.

No obstante, la ley prevé una serie de casos especiales:

- En caso de concurso de una entidad emisora de valores o instrumentos derivados que se negocien en un mercado secundario oficial, de una entidad encargada de regir la negociación, compensación o liquidación de esos valores o instrumentos, o de una empresa de servicios de inversión, será nombrado administrador concursal un miembro del personal técnico de la Comisión Nacional del Mercado de Valores u otra persona propuesta por ésta con la cualificación del número 2.º del apartado anterior, a cuyo efecto la Comisión Nacional del Mercado de Valores comunicará al juez la identidad de aquélla.
- En caso de concurso de una entidad de crédito o de una entidad aseguradora, el juez nombrará al administrador concursal de entre los propuestos respectivamente por el Fondo de Garantía de Depósitos y el Consorcio de Compensación de Seguros.

Se prevé, además, para caso de concursos ordinarios de especial trascendencia, que el juez nombrará, además del administrador concursal abogado, economista o persona jurídica, a un administrador concursal acreedor titular de créditos ordinarios o con privilegio general no garantizado de entre los que figuren en el primer tercio de mayor importe. A estos efectos, cuando el conjunto de las deudas con los trabajadores por los créditos salariales estuviera incluida en el primer tercio de mayor importe, el juez podrá nombrar como administrador acreedor a la representación legal de los trabajadores, que deberá designar un profesional que reúna la condición de economista, titulado mercantil, auditor de cuentas o abogado, quedando sometido al mismo régimen de incapacidades, incompatibilidades, prohibiciones, remuneración y responsabilidad que los demás miembros de la administración concursal.

Se entiende por concursos de especial trascendencia aquellos en los que concurra uno de los siguientes supuestos:

1. Que la cifra de negocio anual del concursado haya sido de cien millones de euros o superior en cualquiera de los tres ejercicios anteriores a aquél en que sea declarado el concurso.
2. Que el importe de la masa pasiva declarada por el concursado sea superior a cien millones de euros.
3. Que el número de acreedores manifestado por el concursado sea superior a mil.

4. Que el número de trabajadores sea superior a cien o lo haya sido en alguno de los tres ejercicios anteriores a la declaración del concurso.

En todo caso, el juez del concurso, de oficio o a instancia de un acreedor de carácter público o de la administración concursal, en aquellos concursos en que exista una causa de interés público que así lo justifique y aun cuando no concurran los supuestos antes mencionados, podrá nombrar como administrador concursal acreedor a una Administración pública o a una entidad de Derecho Público vinculada o dependiente de ella. Cuando el acreedor designado sea una Administración pública o una entidad de Derecho Público vinculada o dependiente de ella, la designación del profesional podrá recaer en cualquier empleado público con titulación universitaria, de graduado o licenciado en ámbitos pertenecientes a las ciencias jurídicas o económicas, y su régimen de responsabilidad será el específico de la legislación administrativa.

Todos aquellos que deseen desempeñar el cargo de administrador concursal, salvo los empleados públicos designados por la Administración Pública para ello, deberán inscribirse en una lista que recogerá todos aquellos profesionales y personas jurídicas aptos y disponibles para el desempeño de la función. Aquéllos que deseen inscribirse en la lista deberán acreditar, además de los requisitos expuestos con anterioridad, su formación en materia concursal y su compromiso de continuar la formación en esta materia, pudiendo además solicitar la inclusión en la lista de su experiencia como administradores concursales o auxiliares delegados en otros concursos, así como de otros conocimientos o formación especiales que puedan ser relevantes a los efectos de su función.

Estas listas son remitidas a los juzgados decanos por parte de los registros oficiales de auditores de cuentas y los correspondientes colegios profesionales, quienes presentarán, en el mes de diciembre de cada año, para su utilización desde el primer día del año siguiente, los respectivos listados de personas disponibles, incluidas las personas jurídicas. Los profesionales cuya colegiación no resulte obligatoria podrán solicitar, de forma gratuita, su inclusión en la lista en ese mismo período justificando documentalmente la formación recibida y la disponibilidad para ser designados. Igualmente las personas jurídicas podrán solicitar su inclusión, reseñando los profesionales que las integran y, salvo que ya figuraran en las listas, su formación y disponibilidad.

Finalmente, los jueces de lo mercantil, a la hora de dictar un auto de declaración de concurso, habrán de designar un administrador concursal de entre los incluidos en las listas procurando una distribución equitativa. No obstante, el juez podrá, apreciándolo razonadamente, designar a unos concretos administradores concursales, aunque no sea tan equitativa la distribución por haber sido nombrados más a menudo en el juzgado de que se trate, cuando el previsible desarrollo del proceso exija una experiencia o unos conocimientos o formación especiales, como los vinculados a asegurar la continuidad de la actividad empresarial o que se puedan deducir de la complejidad del concurso.

Para concursos ordinarios deberá designar a quienes acrediten su participación como administradores o auxiliares delegados en otros concursos ordinarios o, al menos, tres concursos abreviados, salvo que el juez considere, de manera motivada, idónea la formación y experiencia de los que designe en atención a las características concretas del concurso.

Con formato: Español (España)

3.2. RÉGIMEN DE INCAPACIDADES Y PROHIBICIONES

Hay casos en los que, a pesar de concurrir los requisitos exigidos para ello en las personas a designar como administrador concursal en un determinado procedimiento concursal, no podrán desempeñar tal cargo, por darse en ellos una serie de causas de incapacidad, incompatibilidad o prohibición.

De esta manera, no podrán ser nombrados administradores concursales (art. 28 LC):

1. Quienes no puedan ser administradores de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, ni quienes hayan prestado cualquier clase de servicios profesionales al deudor o a personas especialmente relacionadas con éste en los últimos tres años, incluidos aquellos que durante ese plazo hubieran compartido con aquél el ejercicio de actividades profesionales de la misma o diferente naturaleza.

2. Los que se encuentren, cualquiera que sea su condición o profesión, en alguna de las situaciones a que se refiere el artículo 51 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, en relación con el propio deudor, sus directivos o administradores, o con un acreedor que represente más del 10 % de la masa pasiva del concurso.

3. Los abogados, auditores, economistas o titulados mercantiles que hubieran sido designados para dicho cargo por el mismo juzgado en tres concursos dentro de los dos años anteriores. A estos efectos, los nombramientos efectuados en concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo de empresas se computarán como uno solo. Esta limitación no se aplicará en el caso de las personas jurídicas, ni en aquellos casos en que no existan suficientes profesionales disponibles en la lista correspondiente.

4. Quienes hubieran sido separados de este cargo dentro de los dos años anteriores, ni quienes se encuentren inhabilitados por sentencia firme de desaprobación de cuentas en concurso anterior.

5. En un mismo concurso, quienes estén entre sí vinculados personal o profesionalmente. Para apreciar la vinculación personal se aplicarán las reglas establecidas en el artículo 93 de la LC. Se apreciará vinculación profesional, en cambio, en las personas entre las que existan, o hayan existido en los dos años anteriores a la solicitud del concurso, de hecho o de derecho, relaciones de prestación de servicios, de colaboración o de dependencia, cualquiera que sea el título jurídico que pueda atribuirse a dichas relaciones.

6. Quien, como experto independiente, hubiera emitido el informe favorable en relación con un acuerdo de refinanciación que hubiera alcanzado el deudor antes de su declaración de concurso.

El nombramiento de administrador concursal será comunicado al designado por el medio más rápido. Dentro de los cinco días siguientes al de recibo de la comunicación, el designado deberá comparecer ante el juzgado para acreditar que tiene suscrito un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente proporcional a la naturaleza y alcance del riesgo cubierto en los términos que se desarrollen reglamentariamente, para responder de los posibles daños en el ejercicio de su función y manifestar si acepta o no el encargo. Cuando el administrador concursal sea una persona jurídica recaerá sobre ésta la exigencia de suscripción del seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente. De concurrir en el administrador concursal alguna causa de recusación, estará obligado a manifestarla. Aceptado el cargo, el secretario judicial expedirá y entregará al designado documento acreditativo de su condición de administrador concursal.

Este mismo régimen de incompatibilidades y prohibiciones será aplicable a los auxiliares delegados. Los auxiliares delegados son aquellas personas en las que han de concurrir los mismos requisitos que para ser nombrado administrador concursal, y que son nombrados por el juez a petición de estos cuando voluntariamente lo solicitan para ser ayudados en su labor, bien de forma genérica, bien para la realización de determinadas tareas, siempre por delegación del administrador concursal; o bien, cuando obligatoriamente prevea la ley hayan de ser nombrados.

El nombramiento de, al menos, un auxiliar delegado será obligatorio:

1. En empresas con establecimientos dispersos por el territorio.
2. En empresas de gran dimensión.
3. Cuando se solicite prórroga para la emisión del informe.
4. En concursos conexos en los que se haya nombrado una administración concursal única.

Estarán retribuidos con cargo a los aranceles de la administración concursal, y sometidos además, a su mismo régimen de recusación y responsabilidad.

El nombramiento de los auxiliares delegados se realizará sin perjuicio de la colaboración con los administradores concursales del personal a su servicio o de los dependientes del deudor.

Con formato: Español (España)

3.3. ESTATUTO JURÍDICO DEL ADMINISTRADOR CONCURSAL. RETRIBUCIÓN. RESPONSABILIDAD

La LC, en los artículos 34 a 39, regula el Estatuto jurídico del administrador concursal, y dentro del mismo, (i) su retribución, (ii) el ejercicio del cargo, (iii) su régimen de responsabilidad, (iv) la separación del cargo, y (v) el régimen de los nuevos nombramientos en caso de cese del administrador concursal.

(i) En primer lugar, y en relación a la retribución de la administración concursal, se regula la determinación de su cuantía mediante un arancel que se aprobará reglamentariamente y que atenderá a la cuantía del activo y del pasivo, al carácter ordinario o abreviado del procedimiento, a la acumulación de concursos y a la previsible complejidad del concurso. En todo caso, se prevé que el arancel habrá de ajustarse necesariamente a las siguientes reglas:

- Exclusividad. Los administradores concursales solo podrán percibir por su intervención en el concurso las cantidades que resulten de la aplicación del arancel.
- Limitación. La administración concursal no podrá ser retribuida por encima de la cantidad máxima que se fije reglamentariamente para el conjunto del concurso.
- Efectividad. En aquellos concursos en que la masa sea insuficiente, se garantizará el pago de un mínimo retributivo establecido reglamentariamente, mediante una cuenta de garantía arancelaria que se dotará con aportaciones obligatorias de los administradores concursales. Estas dotaciones se deducirán de las retribuciones que efectivamente perciban los administradores concursales en los concursos en que actúen en el porcentaje que se determine reglamentariamente.

El juez, previo informe de la administración concursal, fijará por medio de auto y conforme al arancel la cuantía de la retribución, así como los plazos en que deba ser satisfecha. En

cualquier estado del procedimiento, el juez, de oficio o a solicitud de deudor o de cualquier acreedor, podrá modificar la retribución fijada, si concurriera justa causa y siempre aplicando el arancel

(ii) Por su parte, en relación al *ejercicio del cargo de administrador concursal*, los administradores concursales y los auxiliares delegados deben ejercer su cargo con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal. Cuando la administración concursal esté integrada por dos miembros, las funciones de este órgano concursal se ejercerán de forma conjunta, adoptándose las decisiones de forma mancomunada, salvo para el ejercicio de aquellas competencias que el juez les atribuya individualizadamente, lo que no suele ser frecuente. En caso de disconformidad de criterio entre los administradores concursales, resolverá el juez.

Las decisiones y los acuerdos de la administración concursal que no sean de trámite o de gestión ordinaria se consignarán por escrito y serán firmados, en su caso, por todos sus miembros. Se elimina, tras la reforma de 2011, la exigencia formal de documentación de las mismas en un libro de actas legalizado por el secretario judicial del juzgado de lo mercantil que conozca del procedimiento concursal.

La administración concursal ejerce además su cargo sometida a la supervisión del juez del concurso, quien podrá, en cualquier momento del procedimiento, requerirle una información específica o una memoria sobre el estado de la fase del concurso.

(iii) En relación a la *responsabilidad* de los administradores concursales, es necesario tener presente que los administradores concursales y los auxiliares delegados responderán frente al deudor y frente a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la Ley o realizados sin la debida diligencia. La responsabilidad de los administradores concursales es solidaria entre sí, si hubiera más de uno, y con los auxiliares delegados, con respecto a los actos y omisiones lesivos que hubieran podido llevar a cabo. Sólo podrán exonerarse de dicha responsabilidad en caso de que logren acreditar haber empleado toda la diligencia debida para prevenir o evitar el daño.

La acción de responsabilidad, que se sustanciará por los trámites del juicio declarativo que corresponda, ante el juez que conozca o haya conocido del concurso, prescribirá a los cuatro años, contados desde que el actor tuvo conocimiento del daño o perjuicio por el que reclama y, en todo caso, desde que los administradores concursales o los auxiliares delegados hubieran cesado en su cargo. Si la sentencia contuviera condena a indemnizar daños y perjuicios, el acreedor que hubiera ejercitado la acción en interés de la masa tendrá derecho a que, con cargo a la cantidad percibida, se le reembolsen los gastos necesarios que hubiera soportado.

Así mismo, sin perjuicio de lo anterior, y en adición a ello, los acreedores y los terceros que vean lesionados directamente sus intereses por actos u omisiones de los administradores concursales y auxiliares delegados, conservarán cuantas acciones ordinarias les pudieran corresponder conforme a derecho.

(iv) En cuanto al régimen de *separación*, la LC prevé que, cuando concurra justa causa, el juez, de oficio o a instancia de cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso o de cualquiera de los demás miembros de la administración concursal, podrá separar del cargo a los administradores concursales o revocar el nombramiento de los auxiliares delegados.

(v) Como consecuencia del cese de un administrador concursal, el juez ha de llevar a cabo un

nuevo nombramiento de inmediato de otra persona que lo sustituya. Si el cesado fuera el representante de una persona jurídica administradora, el juez requerirá la comunicación de la identidad de la nueva persona natural que haya de representarla en el ejercicio de su cargo. Al cese y nuevo nombramiento se dará la misma publicidad que hubiera tenido el nombramiento del administrador concursal sustituido. En caso de cese del administrador concursal antes de la conclusión del concurso, el juez le ordenará rendir cuentas de su actuación. Esta rendición de cuentas se presentará por el administrador concursal dentro del plazo de un mes, contado desde que le sea notificada la orden judicial, y será objeto de los mismos trámites, resoluciones y efectos previstos para las rendiciones de cuentas a la conclusión del concurso.

Con formato: Español (España)

CASO PRÁCTICO

format:sangrado:izq

Con formato: Español (España)

La sociedad MIPHARMA, SA ha sido incapaz este mes de pagar las nóminas a los trabajadores. Además, tiene deuda con el Banco CHS por valor de tres millones de euros por un préstamo suscrito hace un año, del que ha impagado ya varias cuotas por valor de quinientos mil euros, con la Caja de Ahorros del Norte por valor de dos millones de euros en virtud de un préstamo hipotecario, del que ya ha impagado cien mil euros, con el Banco Itálico por un préstamo impagado en su totalidad que asciende a cuatrocientos mil euros, y con más de veinte proveedores, adeudando a cada uno de ellos la cantidad de cinco mil euros. El administrador único de la compañía está muy preocupado, y ha desarrollado un plan en virtud del cual se va a vender un inmueble a uno de sus socios a la mitad de su valor de mercado para obtener algo de tesorería, si bien, no recibirán el precio hasta dentro de seis meses.

format:sangrado:izq

Contesta a las siguientes preguntas:

1. ¿Informarías favorablemente a la propuesta que quiere llevar a cabo? Razona tu respuesta y, en caso de ser ésta negativa, explica qué podrías aconsejarle.
2. ¿Qué sucedería si, estando en situación de concurso, lo solicitara antes un acreedor?
3. ¿Podríamos acudir a una solución paraconcursal con carácter previo? En este caso, explicar cuáles serían los requisitos concretos para este caso que se le exigirían a MIPHARMA.
4. La empresa, a pesar de que intenta llegar a una solución paraconcursal no lo consigue, no puede refinanciar porque no le apoyan suficientes acreedores. ¿Qué tiene que hacer ahora?
5. El administrador único de la compañía quiere saber cómo se va a ver afectado por el nombramiento del administrador concursal una vez declarado el concurso. Infórmale debidamente.

BIBLIOGRAFÍA

format:sangrado:fran

ÁLVAREZ VEGA, M. I., «Soluciones concursales y paraconcursoales a la crisis de la empresa. La función conservativa del concurso de acreedores en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal», *Revista de Derecho Privado, Núm. 9-10/2004*, septiembre 2004.

Con formato: Español (España)

format:sangrado:fran

BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M., *Los problemas de la Ley Concursal*, Congreso español de Derecho, Civitas, Madrid, 2009.

format:sangrado:fran

FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El régimen jurídico preconcursal de los acuerdos de refinanciación (DA 4ª LC). Propuesta de reforma legislativa*, Colegio de Registradores de la Propiedad, 2010.

format:sangrado:fran

HUALDE LÓPEZ, I., *Régimen jurídico de la administración concursal*, Civitas, Madrid, 2009.

format:sangrado:fran

PACHECO GUEVARA, A., *La administración concursal*, Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2009.

Con formato: Español (España)

format:sangrado:fran

RUIZ DE VELASCO, A., *Manual de Derecho Mercantil*, Publicaciones Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2005.

TEMA 9

Con formato: Español (España)

Regulación Jurídica de las Crisis Económicas: La Insolvencia.

MANUELA SERRANO SÁNCHEZ

Profesora de Derecho Mercantil. Universidad Pontificia Comillas

SUMARIO

1. Concurso de acreedores

1.1. Principios generales de la Ley

1.2. Caracteres generales

1.3. Las soluciones paraconcursales

2. Presupuestos del concurso

2.1. El presupuesto objetivo: La insolvencia

2.2. El presupuesto subjetivo

2.3. El procedimiento formal: La declaración de concurso

2.4. El auto-declarativo

2.5. Procedimiento abreviado

3. La administración concursal

3.1. Composición

3.2. Régimen de incapacidades y prohibiciones

3.3. Estatuto jurídico del administrador concursal. Retribución. Responsabilidad

Caso práctico

Bibliografía

Con formato: Español (España)

1. CONCURSO DE ACREEDORES

El concurso de acreedores puede definirse como aquel procedimiento judicial de carácter universal destinado a garantizar la igualdad de tratamiento entre los acreedores (*par conditio creditorum*) de una persona física o jurídica que, por hallarse en situación de insolvencia, no puede cumplir puntual y regularmente con sus obligaciones de pago.

Cuando un acreedor se encuentra en situación de insolvencia, la consecuencia inmediata de ello es la imposibilidad de poder pagar a todos los acreedores, por ello, si esta situación no se sometiera a un control judicial, se podría dar la situación de que el deudor eligiera libremente a qué deudor pagar o a cuál no produciéndose situaciones injustas. Así mismo, podrían llevarse a cabo actuaciones por parte del deudor, que resultaran en perjuicio de sus acreedores, por lo que parece necesario dotar una regulación legal, a través del procedimiento concursal, que proteja la masa activa (bienes y derechos) del deudor para poder satisfacer, en

la forma más eficiente posible y de forma ordenada y paritaria, su masa pasiva (deuda mantenida con acreedores);

Con formato: Español (España)

1.1. PRINCIPIOS GENERALES DE LA LEY

La Ley Concursal (en adelante, LC) se basa en una serie de principios formales y materiales. Como sabemos, los principios generales del derecho son una fuente del derecho (art. 1.1 CC);

Por ello, los principios generales de la LC serán aquellos principios generales del derecho aplicables al sistema propio del derecho concursal, y habrá que distinguir entre los formales y los materiales;

Entre los principios generales de carácter formal que rigen la LC hemos de hacer referencia a los siguientes:

1) Principios de unidad legal, de disciplina y de sistema. En virtud de tales principios, la LC ha venido a unificar la diversidad de cuerpos legales que venían regulando hasta ese momento la institución de la insolvencia. Así, por ejemplo, con anterioridad a la promulgación de la actual Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, teníamos una normativa para regular el tratamiento jurídico de la insolvencia del comerciante: la quiebra, prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, el Código de Comercio de 1829 y Código de Comercio de 1885; otra, para regular el tratamiento jurídico de la insolvencia del no comerciante: el concurso de acreedores, previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y el Código Civil de 1889; y otra que regulaba los supuestos en que se suspendían los pagos para volver a reanudarlos si fuera posible, previsto en la Ley de Suspensión de Pagos de 1922. Sin embargo, a través de la actual LC se unifica en un solo cuerpo legal la regulación de las situaciones de insolvencia de comerciantes, no comerciantes, personas físicas, personas jurídicas, insolvencia liquidativa e insolvencia con continuidad. De esta manera, se regulan en un solo texto legal todos los aspectos formales y materiales del concurso salvo los que, por su naturaleza, no pueden sino ser regulados por una ley con la categoría de Ley Orgánica (véase Ley Orgánica de la Reforma Concursal);

2) También es de destacar el denominado por el profesor Ruiz de Velasco principio de convergencia internacional, en virtud del cual se intenta armonizar nuestro derecho concursal al de otros países, y que está además impulsado por el Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 25 de mayo del 2000, que entró en vigor el 31 de mayo de 2002. Este Reglamento, de aplicación imperativa en España, regula los aspectos concursales de aquellos procedimientos de insolvencia transfronteriza cuando el procedimiento principal se tramita en un país de la Unión Europea, en cuyo caso, se aplicará incluso con prevalencia sobre la LC en España;

Por otra parte, y ya en cuanto a los principios generales de carácter material o sustantivo de la ley, hemos de hacer especial referencia a:

1) El ya mencionado principio de la *pars conditio creditorum*. Este principio es el alma mater de la LC en tanto en cuanto preconiza la necesaria igualdad de tratamiento entre los acreedores del concursado. Es un principio que impregna el espíritu de todo el articulado de la ley y que siempre hay que tener en cuenta ante la existencia de cualquier duda interpretativa;

De hecho, la clasificación de los créditos se lleva a cabo en base a este principio, al objeto de agrupar a acreedores en función de cuál sea la naturaleza de su crédito, y ello para aplicar una prelación de pagos en base a dicha agrupación de créditos de análoga naturaleza en función de la especial protección que haya de dotarse a cada una de las categorías.

2) Igualmente, la LC se rige por el principio de universalidad, que hace referencia al hecho de que, una vez declarado el concurso, no podrán llevarse a cabo ejecuciones singulares de bienes o derechos del concursado, y ello, en protección de la masa activa, al objeto de que la misma sea ejecutada, en su caso, de forma universal, de nuevo, para garantizar la igualdad de trato entre acreedores. Ello es de vital importancia ya que, de nada serviría la instauración de un procedimiento concursal si se permitieran a la vez ejecuciones de títulos individuales de cada uno de los acreedores puesto que, en este caso, cobrarían «los más rápidos», y no aquellos que debieran estar antes en el orden de prelación de pagos previsto en la ley, y además, se estaría permitiendo el vaciamiento del activo de la concursada, con claro perjuicio de los acreedores no ejecutantes que verían mermado el activo sobre el cual habrían de ver satisfechos sus créditos.

3) Por su parte, el principio solutorio dirige el concurso hacia el cumplimiento de su finalidad, que no es otra, como ya adelantábamos al inicio de este epígrafe, que la de satisfacer los créditos de los acreedores, y ello, fomentando ante todo la solución de convenio, por encima de las liquidativas, a diferencia de lo que ocurría con anterioridad a la promulgación de esta ley.

3) Por último, hemos de referirnos al principio de continuidad de la empresa, y ello, en tanto en cuanto, la LC favorece, en todo momento, la continuidad de la actividad de la empresa. Por ello, no se puede asimilar, bajo ningún concepto, de manera automática, la declaración en concurso de una sociedad con la paralización o supresión de toda actividad social por parte de ésta. La LC defiende la continuidad de la actividad de la empresa como la mejor forma de obtener fondos suficientes para satisfacer los créditos de los acreedores a la vez que se ayuda al tejido empresarial, a través de la protección que la declaración de concurso otorga en múltiples aspectos a las sociedades, a seguir adelante. Para ello se lleva a cabo una regulación que tiene en cuenta esta finalidad tanto al tratar el tema de la vigencia de los contratos, como a la hora de fijar soluciones flexibles de convenio, como en lo que respecta a la suspensión del devengo de intereses, entre otras medidas que iremos analizando a lo largo de este tema.

Con formato: Español (España)

1.2. CARACTERES GENERALES

La LC se ha caracterizado desde su promulgación por las siguientes notas o caracteres generales:

—Interés en instaurar un sistema de celeridad en el tratamiento de la insolvencia. Este intento de agilizar el sistema concursal se ha visto, a su vez, potenciado por las dos principales reformas que se han producido sobre la redacción inicial del 2003, esto es, el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo y la reciente Ley 38/2011, de 10 de octubre.

—Además, y dentro de ese intento de celeridad, se ha intentado reducir el número de intervinientes en el concurso simplificando los órganos concursales a dos, por una parte, el

juez de lo mercantil como juez del concurso, y, por otra, la administración concursal como órgano auxiliar del primero. A mayor abundamiento, la propia administración concursal ha experimentado modificaciones en su propia estructura a partir de la reforma del 2011, en virtud de la cual se ha reducido también, con carácter general, el número de los miembros que la componen.

—Otra nota importante de la LC es el carácter de unidad de la misma, carácter del que está dotada por los antedichos principios de unidad legal, de disciplina y de sistema.

—Por otra parte, es importante resaltar la naturaleza de especialidad de la LC con respecto a otras disposiciones generales tales como, en materia procesal, la Ley de Enjuiciamiento Civil, supletoria a la concursal en lo no previsto por ésta, o en materia sustantiva, la Ley de Sociedades de Capital o el Código Civil y Código de Comercio, Ley General de la Seguridad Social, Estatuto de Trabajadores, Ley General Tributaria, y un largo etcétera, siempre y cuando estemos ante un deudor en situación de concurso de acreedores y en lo que a éste respecta.

—Asimismo, la LC se caracteriza por una fuerte protección de la masa activa del concurso, impidiendo con carácter general la enajenación y el establecimiento de gravámenes no autorizados judicialmente, a la vez que, con tal medida, busca la defensa de los acreedores y el tratamiento paritario entre ellos (de conformidad con el principio *pars conditio creditorum* anteriormente analizado).

Con formato: Español (España)

1.3. LAS SOLUCIONES PARA CONCURSALES

Bajo esta denominación se encuentran una serie de medidas que puede adoptar aquel que se encuentra en situación de insolvencia actual o inminente y que prefiere evitar la solución del concurso de acreedores por diversos motivos. En tal virtud, sus acciones van dirigidas a renegociar su deuda con sus acreedores, bien para eliminar el presupuesto objetivo, es decir, para salir por medio de la refinanciación de la situación de insolvencia, desapareciendo de esta manera la obligación, en caso de que existiera, de solicitar el concurso de acreedores, bien para lograr las adhesiones suficientes a esa propuesta de repago de la deuda para solicitar el concurso con una propuesta anticipada de convenio. Se van a tratar las soluciones para concursales reguladas en la LC. Estas soluciones revisten una especial importancia en los casos en que el deudor se encuentra en situación de insolvencia actual, y ello porque, en ese caso, estaría en la obligación de solicitar en plazo el concurso de acreedores.

Comunicación de negociaciones del 5 bis LC

El artículo 5 bis de la LC (artículo 5.3 con anterioridad a la reforma del 2011), en línea con estas soluciones para concursales, prevé que el deudor pueda poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta Ley.

Con formato: Español (España)

El deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su

concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación (de los previstos en el artículo 71 bis.1 y en la Disposición adicional cuarta, que analizaremos a continuación) o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta Ley. En el caso en que, además, solicite un acuerdo extrajudicial de pago, una vez que el mediador concursal propuesto acepte el cargo, el registrador mercantil o notario al que se hubiera solicitado la designación del mediador concursal deberá comunicar, de oficio, la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración de concurso.

Esta comunicación podrá formularse en cualquier momento antes del vencimiento del plazo para solicitar la declaración de un concurso voluntario en su puestos de insolvencia inminente, es decir, en el plazo de dos meses desde que se conoció o debió conocer la situación de insolvencia.

Formulada la comunicación antes de ese momento, no será exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario.

El secretario judicial ordenará la publicación en el Registro Público Concursal del extracto de la resolución por la que se deje constancia de la comunicación presentada por el deudor o, en los supuestos de negociación de un acuerdo extrajudicial de pago, por el notario o por el registrador mercantil, en los términos que reglamentariamente se determinen. Ello, salvo que se solicite expresamente el deudor el carácter reservado de la comunicación de negociaciones, en cuyo caso, no se ordenará la publicación del extracto de la resolución. El deudor podrá solicitar el levantamiento del carácter reservado de la comunicación en cualquier momento.

El efecto fundamental de la presentación de la comunicación del 5 bis, es que desde dicha presentación y hasta que se llegue, bien (i) a un acuerdo refinanciación (sea éste formalizado con los requisitos del 71 bis, o sea éste admitido a trámite su solicitud de homologación); (ii) a un acuerdo extrajudicial de pagos; (iii) se consigan las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio; o por último (iv) se declare el concurso de acreedores por no haber podido refinanciar la deuda ni llegar a ningún acuerdo con los acreedores de ningún tipo, no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

En cuanto a las ejecuciones de dichos bienes o derechos que estén en tramitación quedarán suspendidas desde que presenten la resolución del secretario judicial dando constancia de que se ha llevado a cabo la comunicación del 5bis.

Tampoco podrán iniciarse o, en su caso, quedarán suspendidas las ejecuciones singulares promovidas por los acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la disposición adicional cuarta, siempre que se justifique que un porcentaje no inferior al 51 por ciento de pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción del acuerdo de refinanciación, comprometiéndose a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia.

Sin embargo, y como excepción a todo este sistema que acabamos de explicar de paralización de ejecuciones, la presentación de la comunicación del 5 bis, no impedirá que los acreedores con garantía real ejerciten la acción real frente a los bienes y derechos sobre los

~~que recaiga su garantía sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento, quede paralizado en los términos que explicábamos con carácter general para la comunicación del 5 bis.~~

~~Hay una importante exclusión a la aplicación de todos estos efectos de suspensión y paralización de ejecuciones, y éste sí con carácter absoluto, que acabamos de explicar, y es el de la exclusión en todo caso de tales efectos a los procedimientos de ejecución que tengan por objeto hacer efectivos créditos de derecho público.~~

~~Transecurridos tres meses desde la comunicación al juzgado del 5 bis, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya lo hubiera solicitado el mediador concursal o no se encontrara en estado de insolvencia.~~

~~Formulada la comunicación prevista en este artículo, no podrá formularse otra por el mismo deudor en el plazo de un año.~~

~~2. Acuerdos de refinanciación~~

~~La Ley Concursal distingue entre los acuerdos de refinanciación del artículo 71 de la misma y los de la Disposición Adicional 4ª.~~

~~Acuerdos de refinanciación del artículo 71 LCo (o sin necesidad de homologación judicial)~~

~~Se trata de acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor y que van a estar protegidos ante cualquier acción tendente a pedir su ineficacia en el concurso (acciones de reintegración) siempre y cuando se den los siguientes requisitos:~~

~~Se proceda por medio del acuerdo de refinanciación, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo; y~~

~~Con anterioridad a la declaración del concurso:~~

~~El acuerdo haya sido suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación. En el caso de acuerdos de grupo, el porcentaje señalado se calculará tanto en base individual, en relación con todas y cada una de las sociedades afectadas, como en base consolidada, en relación con los créditos de cada grupo o subgrupo afectados y excluyendo en ambos casos del cómputo del pasivo los préstamos y créditos concedidos por sociedades del grupo.~~

~~Se emita certificación del auditor de cuentas del deudor sobre la suficiencia del pasivo que se exige para adoptar el acuerdo. De no existir, será auditor el nombrado al efecto por el registrador mercantil del domicilio del deudor y, si éste fuera un grupo o subgrupo de sociedades, el de la sociedad dominante.~~

Código de campo cambiado

Con formato: Español (España)

Con formato: Español (España)

El acuerdo haya sido formalizado en instrumento público al que se habrán unido todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores.

Tampoco serán rescindibles los acuerdos de refinanciación que, realizados con anterioridad a la declaración de concurso, no puedan acogerse a los requisitos que acabamos de enunciar, pero sí cumplan, sin embargo, todas las condiciones siguientes, ya sea de forma individual o conjuntamente con otros que se hayan realizado en ejecución del mismo acuerdo de refinanciación:

Que incrementen la proporción de activo sobre pasivo previa.

Que el activo corriente resultante sea superior o igual al pasivo corriente.

Que el valor de las garantías resultantes a favor de los acreedores intervinientes no exceda de los nueve décimos del valor de la deuda pendiente a favor de los mismos, ni de la proporción de garantías sobre deuda pendiente que tuviesen con anterioridad al acuerdo. Se entiende por valor de las garantías el definido en el apartado 2 de la Disposición adicional cuarta.

Que el tipo de interés aplicable a la deuda subsistente o resultante del acuerdo de refinanciación a favor del o de los acreedores intervinientes no exceda en más de un tercio al aplicable a la deuda previa.

Que el acuerdo haya sido formalizado en instrumento público otorgado por todas las partes intervinientes en el mismo, y con constancia expresa de las razones que justifican, desde el punto de vista económico, los diversos actos y negocios realizados entre el deudor y los acreedores intervinientes, con especial mención de las condiciones previstas en las letras anteriores.

Para verificar el cumplimiento de las condiciones i) y ii) anteriores se tendrán en cuenta todas las consecuencias de índole patrimonial o financiera, incluidas las fiscales, las cláusulas de vencimiento anticipado, u otras similares, derivadas de los actos que se lleven a cabo, aun cuando se produzcan con respecto a acreedores no intervinientes.

El cumplimiento de todas las condiciones anteriores deberá darse en el momento de la suscripción del instrumento público en el que se recojan los acuerdos.

Por otra parte, y teniendo ello carácter ahora voluntario, tanto el deudor como los acreedores podrán solicitar el nombramiento de un experto independiente para que informe sobre el carácter razonable y realizable del plan de viabilidad, sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo, así como las demás menciones que, en su caso, prevea la normativa aplicable. Cuando el informe contuviera reservas o limitaciones de cualquier clase, su importancia deberá ser expresamente evaluada por los firmantes del acuerdo.

El nombramiento de un experto independiente corresponderá al registrador mercantil del domicilio del deudor. Si el acuerdo de refinanciación afectara a varias sociedades del mismo grupo, el informe podrá ser único y elaborado por un solo experto, designado por el registrador del domicilio de la sociedad dominante, si estuviera afectada por el acuerdo o, en su defecto, por el del domicilio de cualquiera de las sociedades del grupo.

Con formato: Español (España)

Con formato: Español (España)

Acuerdos de refinanciación de la Disposición Adicional 4ª (o con necesidad de homologación judicial):

Estos acuerdos de refinanciación son los que se suscriben por acreedores que representen al menos el 51 por ciento de los pasivos financieros, y que reúna en el momento de su adopción, los siguientes requisitos:

Con formato: Español (España)

1) En virtud de éstos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquellas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo; y

Con formato: Español (España)

2) Con anterioridad a la declaración del concurso:

a. Se emita certificación del auditor de cuentas del deudor sobre la suficiencia del pasivo que se exige para adoptar el acuerdo. De no existir, será auditor el nombrado al efecto por el registrador mercantil del domicilio del deudor y, si éste fuera un grupo o subgrupo de sociedades, el de la sociedad dominante.

b. El acuerdo haya sido formalizado en instrumento público al que se habrán unido todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores.

Estos acuerdos han de ser homologados judicialmente, y no podrán ser objeto de rescisión.

No se tendrán en cuenta, a efectos del cómputo de las mayorías indicadas, los pasivos financieros titularidad de acreedores que tengan la consideración de persona especialmente relacionada conforme al apartado 2 del artículo 93 quienes, no obstante, podrán quedar afectados por la homologación prevista en esta Disposición adicional.

A los efectos de esta Disposición, tendrán la consideración de acreedores de pasivos financieros los titulares de cualquier endeudamiento financiero con independencia de que estén o no sometidos a supervisión financiera. Quedan excluidos de tal concepto los acreedores por créditos laborales, los acreedores por operaciones comerciales y los acreedores de pasivos de derecho público.

A los efectos del cómputo de las mayorías necesarias para la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación y la extensión de sus efectos a acreedores no participantes o disidentes, se entenderá, en caso de acuerdos sujetos a un régimen o pacto de sindicación que los acreedores suscriben el acuerdo de refinanciación cuando voten a su favor los que representen al menos el 75 por ciento del pasivo representado por el acuerdo, salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última.

Voluntariamente podrán adherirse al acuerdo de refinanciación homologado los demás acreedores que no lo sean de pasivos financieros ni de pasivos de derecho público. Estas adhesiones no se tendrán en cuenta a efectos del cómputo de las mayorías previstas en esta Disposición.

A los efectos de la presente Disposición Adicional Cuarta, se entenderá por valor de la garantía real de que goce cada acreedor el resultante de deducir, de los nueve décimos del valor razonable del bien sobre el que esté constituida dicha garantía, las deudas pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien, sin que en ningún caso el valor de la garantía pueda ser inferior a cero ni superior al valor del crédito del acreedor correspondiente.

A estos exclusivos efectos, se entiende por valor razonable:

a) En caso de valores mobiliarios que coticen en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado o en instrumentos del mercado monetario, el precio medio ponderado al que hubieran sido negociados en uno o varios mercados regulados en el último trimestre anterior a la fecha de inicio de las negociaciones para alcanzar el acuerdo de refinanciación, de conformidad con la certificación emitida por la sociedad rectora del mercado secundario oficial o del mercado regulado de que se trate.

b) En caso de bienes inmuebles, el resultante de informe emitido por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro Especial del Banco de España.

e) En caso de bienes distintos de los señalados en las letras anteriores, el resultante de informe emitido por experto independiente de conformidad con los principios y las normas de valoración generalmente reconocidos para esos bienes.

Los informes previstos en las letras b) y e) no serán necesarios cuando dicho valor hubiera sido determinado por experto independiente, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de inicio de las negociaciones para alcanzar el acuerdo de refinanciación.

Si concurrieran nuevas circunstancias que pudieran modificar significativamente el valor razonable de los bienes, deberá aportarse nuevo informe de experto independiente.

En el caso de que la garantía a favor de un mismo acreedor recaiga sobre varios bienes, se sumará la resultante de aplicar sobre cada uno de los bienes la regla del párrafo primero, sin que el valor conjunto de las garantías pueda tampoco exceder del valor del crédito del acreedor correspondiente.

En caso de garantía constituida en proindiviso a favor de dos o más acreedores, el valor de la garantía correspondiente a cada acreedor será el resultante de aplicar al valor total de la garantía la proporción que en la misma corresponda a cada uno de ellos, según las normas y acuerdos que rijan el proindiviso, sin perjuicio de las normas que, en su caso, resulten de aplicación a los préstamos sindicados.

A los acreedores de pasivos financieros que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o que hayan mostrado su disconformidad al mismo y cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real, se les extenderán, por la homologación judicial, los siguientes efectos acordados en el acuerdo de refinanciación:

a) Si el acuerdo ha sido suscrito por acreedores que representen al menos el 60 por ciento del pasivo financiero, las esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años, o la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo.

b) Si el acuerdo ha sido suscrito por acreedores que representen al menos el 75 por ciento del pasivo financiero, las siguientes medidas:

1.º Las esperas con un plazo de cinco años o más, pero en ningún caso superior a diez.

2.º Las quitas.

3.º La conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora. En este caso:

i) Los acreedores que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o que hayan mostrado su disconformidad al mismo podrán optar entre la conversión de deuda en capital o una quita equivalente al importe del nominal de las acciones o participaciones que les correspondiera suscribir o asumir y, en su caso, de la correspondiente prima de emisión o de asunción. A falta de indicación expresa, se entenderá que los citados acreedores optan por la referida quita.

ii) El acuerdo de aumento de capital del deudor necesario para la capitalización de créditos deberá adoptarse por la mayoría prevista, respectivamente, para las sociedades de responsabilidad limitada y anónimas en los artículos 198 y 201.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio. A efectos del artículo 301.1 del citado Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se entenderá que los pasivos financieros son líquidos, están vencidos y son exigibles.

4.º La conversión de deuda en préstamos participativos por un plazo de cinco años o más, pero en ningún caso superior a diez, en obligaciones convertibles o préstamos subordinados, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original.

5.º La cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago de la totalidad o parte de la deuda.

Por la homologación judicial, se extenderán a los acreedores de pasivos financieros que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o que hayan mostrado su disconformidad al mismo, por la parte de su crédito que no exceda del valor de la garantía real, los efectos señalados con anterioridad, siempre que uno o más de dichos efectos hayan sido acordados con el alcance que se convenga, por las siguientes mayorías, calculadas en función de la proporción del valor de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas:

a) Del 65%, cuando se trate de las medidas previstas en la letra a) del apartado anterior.

b) Del 80%, cuando se trate de las medidas previstas en la letra b) del apartado anterior.

La competencia para conocer de esta homologación corresponderá al juez de lo mercantil que, en su caso, fuera competente para la declaración del concurso de acreedores.

La solicitud podrá ser formulada por el deudor o por cualquier acreedor que haya suscrito el acuerdo de refinanciación y se acompañará del acuerdo de refinanciación adoptado, de la certificación del auditor sobre la suficiencia de las mayorías que se exigen para adoptar los acuerdos con los efectos previstos para cada caso, de los informes que en su caso hayan sido emitidos por expertos independientes designados conforme al artículo 71 bis.4 y de la certificación del acuerdo de aumento de capital en caso de que ya hubiera sido adoptado. Si se

hubiera emitido certificación, tasación o informe de los previstos en el apartado 2 de esta Disposición, también se acompañarán a la solicitud. El juez, examinada la solicitud de homologación, dictará providencia admitiéndola a trámite y declarará la paralización de las ejecuciones singulares hasta que se acuerde la homologación.

El secretario judicial ordenará la publicación de la providencia en el Registro Público Concursal por medio de un anuncio que contendrá los datos que identifiquen el deudor, el juez competente, el número del procedimiento judicial de homologación, la fecha del acuerdo de refinanciación y los efectos de aquellas medidas que en el mismo se contienen, con la indicación de que el acuerdo está a disposición de los acreedores en el Juzgado Mercantil competente donde se hubiere depositado para la publicidad, incluso telemática, de su contenido.

El juez otorgará la homologación siempre que el acuerdo reúna los requisitos previstos en el apartado primero de esta Disposición y declarará la extensión de efectos que corresponda cuando el auditor certifique la concurrencia de las mayorías requeridas en los apartados tercero o cuarto.

La resolución por la que se apruebe la homologación del acuerdo de refinanciación se adoptará mediante un trámite de urgencia en el plazo de quince días y se publicará mediante anuncio insertado en el Registro Público Concursal y en el «Boletín Oficial del Estado», por medio de un extracto que contendrá los datos previstos en el último párrafo del apartado anterior.

Dentro de los quince días siguientes a la publicación, los acreedores de pasivos financieros afectados por la homologación judicial que no hubieran suscrito el acuerdo de homologación o que hubiesen mostrado su disconformidad al mismo podrán impugnarla. Los motivos de la impugnación se limitarán exclusivamente a la concurrencia de los porcentajes exigidos en esta disposición y a la valoración del carácter desproporcionado del sacrificio exigido.

Todas las impugnaciones se tramitarán conjuntamente por el procedimiento del incidente concursal, y se dará traslado de todas ellas al deudor y al resto de los acreedores que son parte en el acuerdo de refinanciación para que puedan oponerse a la impugnación. La sentencia que resuelva sobre la impugnación de la homologación, que deberá dictarse en un plazo de 30 días, no será susceptible de recurso de apelación y se le dará la misma publicidad prevista para la resolución de homologación.

Los efectos de la homologación del acuerdo de refinanciación se producen en todo caso y sin posibilidad de suspensión desde el día siguiente al de la publicación de la sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Los acreedores de pasivos financieros que no hubieran suscrito el acuerdo de homologación o que hubiesen mostrado su disconformidad al mismo pero resultasen afectados por la homologación mantendrán sus derechos frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar ni la aprobación del acuerdo de refinanciación ni los efectos de la homologación en perjuicio de aquéllos. Respecto de los acreedores financieros que hayan suscrito el acuerdo de refinanciación, el mantenimiento de sus derechos frente a los demás obligados, fiadores o avalistas, dependerá de lo que se hubiera acordado en la respectiva relación jurídica.

En caso de no cumplir el deudor los términos del acuerdo de refinanciación, cualquier acreedor, adherido o no al mismo, podrá solicitar, ante el mismo juez que lo hubiera homologado, la declaración de su incumplimiento, a través de un procedimiento equivalente al incidente concursal, del que se dará traslado al deudor y a todos los acreedores comparecidos para que puedan oponerse a la misma.

Declarado el incumplimiento, los acreedores podrán instar la declaración de concurso de acreedores o iniciar las ejecuciones singulares. La sentencia que resuelva el incidente no será susceptible de recurso de apelación.

2. PRESUPUESTOS DEL CONCURSO

Para que se declare un concurso de acreedores, es necesario que se cumplan tres presupuestos fundamentales: uno objetivo, uno subjetivo y uno formal.

Con formato: Español (España)

2.1. EL PRESUPUESTO OBJETIVO: LA INSOLVENCIA

Hemos de entender por presupuesto objetivo como aquella situación de hecho que tiene que darse para entender que un determinado sujeto se encuentra en situación de concurso de acreedores. De esta manera, hemos de entender que el presupuesto objetivo del concurso de acreedores es la insolvencia del deudor.

Así, ha de entenderse que está en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (art. 2 LC). La insolvencia, a su vez, se clasifica en dos tipos, la insolvencia actual y la insolvencia inminente.

Por una parte, la insolvencia es *actual* cuando el deudor ya no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles, esto es, a día de hoy ya no puede pagar a sus acreedores. Por otra parte, la insolvencia es *inminente* cuando el deudor prevé que no podrá cumplir con sus obligaciones de pago, esto es, por el momento puede pagar a sus acreedores, pero prevé razonablemente que, en un breve periodo de tiempo, no podrá hacerlo, esto es, su insolvencia no es actual, pero se prevé que va a serlo de forma más o menos inminente.

La diferencia entra ambas es fundamental de cara a las *consecuencias jurídicas* que produce. Así, mientras que en los casos de insolvencia inminente, el deudor tiene derecho a solicitar su declaración de concurso, y nadie puede pedirla por él (no habrá lugar a concursos necesarios en esta situación, como ya veremos más adelante); en la insolvencia actual, en cambio, el deudor tiene la obligación de solicitar el concurso de acreedores en el plazo previsto por la ley, pudiendo incurrir de lo contrario en responsabilidad, y siendo una causa ésta, la solicitud tardía del concurso, de lo que más tarde veremos se denomina calificación de culpabilidad del mismo. A mayor abundamiento, en este caso, cualquier acreedor, entre otros, podría solicitar la declaración del concurso del propio deudor dando lugar a un concurso necesario, con las consecuencias que, más adelante veremos, éste conlleva.

Así las cosas, la determinación del momento en que el deudor se encuentra en insolvencia actual es vital de cara al cumplimiento con su obligación de solicitar el concurso de

acreedores.

El plazo que la LC otorga a aquel que se encuentra en estado de insolvencia actual para solicitar la declaración del concurso de acreedores es un plazo de dos meses a contar desde el momento en que el deudor hubiera conocido o debiera conocer su situación de insolvencia, con las excepciones ya tratadas en relación a la moratoria prevista para las soluciones para concursales.

Así, de cara a determinar el momento en que el deudor conoció o debió conocer su estado de insolvencia, la LC establece una serie de presunciones, esto es, define una serie de hechos que, de constatarse su existencia, determinarían, salvo prueba en contra, que el deudor conoce o debe conocer que se halla en situación de insolvencia (art. 2.4 LC). Estas presunciones son las siguientes::

1. El sobrecumplimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor. Es decir, el deudor deja de cumplir de manera generalizada con sus obligaciones de pago.

2. La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor. Los acreedores han demandado al acreedor judicialmente o a través de procedimiento administrativo el pago de las cantidades, y habiendo estimado el juez o la autoridad administrativa correspondiente que asiste ese derecho de cobro al deudor, ha decretado embargo de cantidades o bienes del deudor para hacer frente a esa deuda frente al acreedor. Esta situación de embargos sobre el patrimonio debe tener carácter general, no siendo suficiente embargos puntuales que no afecten generalizadamente al patrimonio del deudor.

3. El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor. El deudor, ante la situación en la que prevé va a verse inmerso, dispone de bienes o derechos por un precio inferior al de su valor de mercado y apresuradamente.

4. El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades. Son las que se han venido a denominar «obligaciones sensibles».

Con formato: Español (España)

2.2. EL PRESUPUESTO SUBJETIVO

El presupuesto subjetivo hace mención a quiénes pueden ser declarados en concurso de acreedores.

Pueden ser declarados en concurso tanto las personas físicas como las personas jurídicas. Igualmente, podrá ser declarada en concurso una herencia en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente, ya que en ese caso se confundirían activo y pasivo de herencia con las de aquel que la aceptó pura y simplemente y no procedería concurso de la herencia, sino, en su caso, de aquel que la hubiera aceptado.

Sin embargo, no podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público.

Con formato: Español (España)

2.3. EL PROCEDIMIENTO FORMAL: LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

Una vez tenemos identificado el presupuesto objetivo, la insolvencia, y el presupuesto subjetivo, el deudor que es susceptible de ser declarado en concurso de acreedores, vamos a proceder a estudiar cuál es el proceso que se inicia con la solicitud del concurso de acreedores y finaliza con la declaración del mismo, esto es, lo que se ha venido a llamar el presupuesto formal del concurso de acreedores.

En primer lugar, por tanto, hemos de analizar quién está legitimado para solicitar el concurso de acreedores. Así, estarán legitimados (art. 3 LC):

1. El deudor

El deudor está legitimado, como no puede ser de otra manera, para solicitar su propio concurso de acreedores, es más, no sólo está legitimado sino que, como hemos tenido oportunidad ya de saber, está obligado a ello cuando se encuentra en situación de insolvencia actual.

Cuando es el deudor el que solicita su declaración de concurso en tiempo y forma, éste se suele declarar en forma de concurso voluntario, lo que conlleva como regla general que el propio deudor mantenga sus facultades de disposición y administración, nombrándose un administrador concursal que va a ostentar tan sólo facultades de intervención. Esto significa que el deudor podrá seguir gestionando su propio negocio a través de su órgano de administración social, si bien el administrador concursal deberá autorizar los actos de disposición y administración que el concursado pretenda llevar a cabo desde la fecha de declaración de concurso.

Si el deudor fuera persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o de liquidación.

2. Los acreedores

Los acreedores estarán legitimados igualmente a solicitar el concurso de un deudor suyo cuando en este concurren los presupuestos objetivo y subjetivo enunciados en la LC. No obstante lo anterior, no estará legitimado para solicitar un concurso de acreedores, aquel acreedor que, dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud, hubiera adquirido el crédito por actos *inter vivos* y a título singular, después de su vencimiento.

3. Los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables, conforme a la legislación vigente, de las deudas de una persona jurídica podrán además solicitar el concurso de ésta.

4. Los acreedores del deudor fallecido, los herederos de éste y el administrador de la herencia podrán solicitar la declaración de concurso de la herencia no aceptada pura y simplemente. La solicitud formulada por un heredero producirá los efectos de la aceptación de

la herencia a beneficio de inventario.

Además, cuando en actuaciones por delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico se pongan de manifiesto indicios de estado de insolvencia de algún presunto responsable penal y de la existencia de una pluralidad de acreedores, el Ministerio Fiscal instará del juez que esté conociendo de la causa la comunicación de los hechos al juez de lo mercantil con competencia territorial para conocer del concurso del deudor, a los efectos pertinentes, por si respecto de éste se encontrase en tramitación un procedimiento concursal. Asimismo, instará el Ministerio Fiscal del juez que conozca de la causa la comunicación de aquellos hechos a los acreedores cuya identidad resulte de las actuaciones penales en curso, a fin de que, en su caso, puedan solicitar la declaración de concurso o ejercitar las acciones que les correspondan.

Por otra parte, la solicitud de concurso de acreedores no sólo debe hacerse por quien tenga legitimación para ello en los términos aquí expuestos, sino que, además, habrá de llevarse a cabo en una determinada forma y aportando una concreta información y documentación. Así, los requisitos formales para solicitar la declaración de concurso serán diferentes dependiendo de quién lo solicite.

Así, en caso de que sea el propio deudor el que solicite su concurso de acreedores, éste deberá:

1º) Presentar un escrito de solicitud de declaración de concurso donde habrá de especificar si su estado de insolvencia es actual o si lo prevé como inminente.

2º) Acompañar a la solicitud los siguientes documentos:

a) Poder especial para solicitar el concurso. Este documento podrá ser sustituido mediante la realización de apoderamiento *apud acta*, esto es, mediante declaración ante el secretario judicial del juzgado de lo mercantil que fuera a conocer del procedimiento concursal en virtud de la cual se conceda igualmente poder suficiente a abogado y procurador para solicitar el concurso en su nombre y representación.

b) La memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor, de la actividad o actividades a que se haya dedicado durante los tres últimos años y de los establecimientos, oficinas y explotaciones de que sea titular, de las causas del estado en que se encuentre y de las valoraciones y propuestas sobre la viabilidad patrimonial. Además,

i) Si el deudor fuera persona casada, indicará en la memoria la identidad del cónyuge, con expresión del régimen económico del matrimonio.

ii) Si el deudor fuera persona jurídica, indicará en la memoria la identidad de los socios o asociados de que tenga constancia, de los administradores o de los liquidadores y, en su caso, del auditor de cuentas, así como si forma parte de un grupo de empresas, enumerando las entidades integradas en éste, y si tiene admitidos valores a cotización en mercado secundario oficial.

iii) Si se tratase de una herencia, se indicarán en la memoria los datos del causante.

e) Un inventario de bienes y derechos, con expresión de su naturaleza, lugar en que se

encuentren, datos de identificación registral en su caso, valor de adquisición, correcciones valorativas que procedan y estimación del valor real actual. Se indicarán también los gravámenes, trabas y cargas que afecten a estos bienes y derechos, con expresión de su naturaleza y los datos de identificación.

d) Relación de acreedores, por orden alfabético, con expresión de la identidad, domicilio y dirección electrónica de cada uno de ellos, así como de la cuantía y el vencimiento de los respectivos créditos y las garantías personales o reales constituidas. Si algún acreedor hubiera reclamado judicialmente el pago, se identificará el procedimiento correspondiente y se indicará el estado de las actuaciones.

e) La plantilla de trabajadores en su caso y la identidad del órgano de representación de los mismos si lo hubiere.

3º) Si el deudor estuviera legalmente obligado a llevar contabilidad, acompañará además:

1. Cuentas anuales y, en su caso, informes de gestión o informes de auditoría correspondientes a los tres últimos ejercicios.

2. Memoria de los cambios significativos operados en el patrimonio con posterioridad a las últimas cuentas anuales formuladas y depositadas y de las operaciones que por su naturaleza objeto o cuantía excedan del giro o tráfico ordinario del deudor.

3. Estados financieros intermedios elaborados con posterioridad a las últimas cuentas anuales presentadas, en el caso de que el deudor estuviese obligado a comunicarlos o remitirlos a autoridades supervisoras.

4. En el caso de que el deudor forme parte de un grupo de empresas, como sociedad dominante o como sociedad dominada, acompañará también las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados correspondientes a los tres últimos ejercicios sociales y el informe de auditoría emitido en relación con dichas cuentas, así como una memoria expresiva de las operaciones realizadas con otras sociedades del grupo durante ese mismo período.

Como puede comprobarse, se trata de una información copiosa pero realmente necesaria, tanto para que el juez pueda tener elementos suficientes de hecho para determinar si el solicitante realmente se encuentra o no en situación de concurso de acreedores y, de ser así, las condiciones con las que ha de declarar éste. Es por eso que cuando no se acompaña alguno de los documentos mencionados o cuando alguno de ellos no cumple con los requisitos o datos exigidos, el deudor deberá expresar en su solicitud la causa que lo motiva.

En cambio, cuando el que lo solicita es un acreedor éste deberá presentar escrito de solicitud de concurso en el que habrá de expresar el título o hecho en el que funda su solicitud. Los títulos o hechos en los que puede fundar su solicitud coinciden con los enunciados con anterioridad en relación a las presunciones de que el deudor conoce o debe conocer su situación de insolvencia, las previstas en el artículo 2 apartado 4 de la LC. Así mismo, deberán expresar en el escrito de solicitud el origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento, y situación actual del crédito, del que deberán acompañar todos los documentos que lo acrediten.

Los demás legitimados deberán expresar en la solicitud el carácter en el que la formulan.

acompañando el documento del que resulte su legitimación o proponiendo la prueba para acreditarla.

En todos los casos, los legitimados para ello deberán presentar la solicitud de concurso ante el juzgado de lo mercantil del domicilio del deudor. Si hubiera más de uno en la circunscripción territorial correspondiente, se turnará la solicitud por reparto a uno de ellos.

En el mismo día o, si no fuera posible, en el siguiente hábil al de su reparto, el juez examinará la solicitud de concurso y, si la estimara completa, salvo las especificidades previstas respecto de las personas jurídicas a las que se refiere el artículo 13.1 de la LC, procederá:

1. En los casos en que el propio deudor solicitó su concurso:

-A dictar auto de declaración de concurso si estima se dan los presupuestos para ello.

-A archivar la solicitud, en caso contrario.

2. Cuando la solicitud hubiera sido presentada por un acreedor y se fundara en un embargo o en una investigación de patrimonio infructuosos o que hubiera dado lugar a una declaración administrativa o judicial de insolvencia, el juez dictará auto de declaración de concurso el primer día hábil siguiente.

3. Cuando la solicitud hubiera sido presentada por cualquier legitimado distinto al deudor y por un hecho distinto del anterior, el juez dictará auto, admitiéndola a trámite y ordenando el emplazamiento del deudor, con traslado de la solicitud, para que comparezca en el plazo de cinco días, dentro del cual se le pondrán de manifiesto los autos y podrá formular oposición a la solicitud, proponiendo los medios de prueba de que intente valerse; o bien allanamiento, es decir, mostrar conformidad por parte del deudor respecto a su situación de concurso y por tanto, la procedencia de la declaración del mismo.

a) En caso de allanamiento del deudor o de que éste no formulase oposición en plazo, el juez dictará auto declarando el concurso de acreedores.

b) En caso de oposición, el deudor podrá basar ésta en la inexistencia del hecho en que se fundamenta la solicitud o en que, aun existiendo, no se encuentra en estado de insolvencia. En este último caso, incumbirá al deudor la prueba de su solvencia y, si estuviera obligado legalmente a llevar contabilidad, esta prueba habrá de basarse en la que llevara conforme a derecho. Una vez el deudor formule la oposición, el secretario judicial, al siguiente día, citará a las partes a la vista, a celebrar en el plazo de tres días, previéndolas para que comparezcan a ella con todos los medios de la prueba que pueda practicarse en el acto y, si el deudor estuviera obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, advirtiéndole para que comparezca con los libros contables de llevanza obligatoria. La vista se celebrará bajo la presidencia del juez, dentro de los 10 días siguientes a aquél en que se hubiera formulado oposición. Practicadas las pruebas declaradas pertinentes o transcurrido el plazo fijado para ello, el juez, dentro de los tres días siguientes, dictará auto declarando el concurso o desestimando la solicitud. En caso de desestimación de la solicitud de concurso, una vez firme el auto, se procederá, a petición del deudor, a la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se le hubieran ocasionado como consecuencia de la solicitud de concurso, y, una vez determinados, se requerirá de pago al solicitante del concurso, procediéndose de inmediato, si no los pagase, a su exacción forzosa. Contra el pronunciamiento del auto sobre

la estimación o desestimación de la solicitud de concurso cabrá, en todo caso, recurso de apelación.

En cualquiera de los casos en los que el juez de lo mercantil entendiere que procede la declaración de concurso, éste dictará un auto en virtud del cual se ordenará la misma y que comenzará a producir efectos desde el mismo día en que se haya dictado.

Con formato: Español (España)

2.4. EL AUTO DECLARATIVO

Como adelantábamos con anterioridad, el auto de declaración de concurso es aquella resolución dictada por el juez de lo mercantil, el juez del concurso, en virtud de la cual se acuerda por parte del juez la situación de concurso del deudor, y cuya fecha, marca un antes y un después, es un punto de inflexión, en tanto en cuanto produce una serie de efectos de vital importancia, lo que veremos más adelante.

El auto de declaración de concurso deberá contener los siguientes pronunciamientos:

1. El carácter necesario o voluntario del concurso, con indicación, en su caso, de que el deudor ha solicitado la liquidación o ha presentado propuesta anticipada de convenio. El concurso es necesario cuando no ha sido el concursado el que ha solicitado su concurso sino terceros con legitimación para ello. En estos casos se suele, como regla general, suspender las facultades de administración y disposición de contenido patrimonial al deudor, cuyo órgano de administración social viene a ser sustituido por la administración concursal, en el caso de ser persona jurídica, o que, en caso de ser persona física, simplemente deja de tener facultades para llevar a cabo tales actos, pasando éstas, igualmente, a manos de la administración concursal.

El concurso es voluntario cuando el concursado ha solicitado su propio concurso. En estos casos, como regla general, se suele intervenir las facultades de disposición y administración de contenido patrimonial del deudor, cuyo órgano de administración social va a seguir ostentando las facultades que le son propias, si bien sometido a un régimen de autorizaciones por parte de la administración concursal. Sin embargo, hay un caso en el que, aun habiendo solicitado el concurso el deudor, éste se ha de declarar como necesario y no como voluntario, se trata del supuesto en que, en los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud del deudor, se hubiera presentado y admitido a trámite otra por cualquier legitimado, aunque éste hubiera desistido, no hubiera comparecido o no se hubiese ratificado (art. 22 LC).

2. Los efectos sobre las facultades de administración y disposición del deudor respecto de su patrimonio, así como el nombramiento y las facultades de los administradores concursales.

3. En caso de concurso necesario, el requerimiento al deudor para que presente, en el plazo de 10 días a contar desde la notificación del auto, los documentos que habría de haber presentado si hubiera llevado a cabo su propia solicitud de concurso (art. 6 LC).

4. En su caso, las medidas cautelares que el juez considere necesarias para asegurar la integridad, la conservación o la administración del patrimonio del deudor hasta que los administradores concursales acepten el cargo.

5. El llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos, en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» del auto de declaración de concurso.

6. La publicidad que haya de darse a la declaración de concurso.

7. En caso de persona física, y si procediera, la decisión sobre la formación de pieza separada, conforme a lo dispuesto en relación con la disolución de la sociedad de gananciales.

8. En su caso, la decisión sobre la procedencia de aplicar el procedimiento abreviado.

Una vez ha sido dictado el auto del concurso, además, la administración concursal habrá de llevar a cabo sin demora una comunicación individualizada a cada uno de los acreedores cuya identidad y domicilio consten en la documentación que obre en autos, informando de la declaración de concurso y del deber de comunicar los créditos en la forma establecida por la Ley. La comunicación, tras la reforma de 2011, se debe realizar por medios telemáticos, informáticos o electrónicos cuando conste la dirección electrónica del acreedor. Sin embargo, en relación a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y a la Tesorería General de la Seguridad Social, habrá de comunicárseles aunque no consten como acreedores, a través de los medios electrónicos que éstas habiliten en sus respectivas sedes electrónicas. Igualmente se comunicará a la representación de los trabajadores, si la hubiere, haciéndoles saber de su derecho a personarse en el procedimiento como parte.

La publicidad de la declaración de concurso, así como de las restantes notificaciones, comunicaciones y trámites del procedimiento, se realizará preferentemente por medios telemáticos, informáticos y electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine, garantizando la seguridad y la integridad de las comunicaciones. El extracto de la declaración de concurso se publicará, con la mayor urgencia y de forma gratuita, en el BOE, y contendrá únicamente los datos indispensables para la identificación del concursado, incluyendo su Número de Identificación Fiscal, el juzgado competente, el número de autos y el Número de Identificación General del procedimiento, la fecha del auto de declaración de concurso, el plazo establecido para la comunicación de los créditos, la identidad de los administradores concursales, el domicilio postal y la dirección electrónica señalados para que los acreedores, a su elección, efectúen la comunicación de créditos, el régimen de suspensión o intervención de facultades del concursado y la dirección electrónica del Registro Público Concursal donde se publicarán las resoluciones que traigan causa del concurso.

El juez podrá igualmente acordar cualquier otra forma de publicidad complementaria siempre y cuando la considerara imprescindible para la efectiva difusión de los actos de concurso.

Las demás resoluciones que, conforme a esta Ley, deban ser publicadas por medio de edictos, lo serán en el Registro Público Concursal y en el tablón de anuncios del juzgado.

El auto de declaración del concurso así como el resto de resoluciones concursales que conforme a las disposiciones de esta Ley deban ser objeto de publicidad, se insertarán además en el Registro Público Concursal con arreglo al procedimiento que reglamentariamente se establezca.

Adicionalmente, la declaración de concurso resulta merecedora igualmente de publicidad registral que resulte procedente (registro mercantil, registro de la propiedad, registro civil,

registro de bienes muebles, etc.).

Con formato: Español (España)

2.5. PROCEDIMIENTO ABREVIADO

El procedimiento abreviado es un procedimiento concursal de carácter simplificado previsto para deudores con un pasivo de menor entidad.

Así, el juez podrá aplicar el procedimiento abreviado cuando, a la vista de la información disponible, considere que el concurso no reviste especial complejidad, atendiendo a las siguientes circunstancias:

1. Que la lista presentada por el deudor incluya menos de cincuenta acreedores.
2. Que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros.
3. Que la valoración de los bienes y derechos no alcance los cinco millones de euros.

También podrá aplicarlo cuando el deudor presente propuesta anticipada de convenio o una propuesta de convenio que incluya una modificación estructural por la que se transmita íntegramente su activo y su pasivo.

Por otra parte, cuando el deudor sea una persona natural el juez valorará especialmente si responde o es garante de las deudas de una persona jurídica y si es administrador de alguna persona jurídica.

Sin embargo, el juez aplicará necesariamente el procedimiento abreviado, por lo que ya no estamos ante una mera discrecionalidad de éste, sino ante una previsión de cumplimiento obligatorio, cuando el deudor presente, junto con la solicitud de concurso, un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento o que el deudor hubiera cesado completamente en su actividad y no tuviera en vigor contratos de trabajo.

En caso de que existiera una modificación de las circunstancias antedichas, el juez podrá, a instancias del deudor, de la administración concursal, o del propio acreedor, y atendiendo a la mayor o menor complejidad del concurso, transformar un procedimiento abreviado en ordinario o un procedimiento ordinario en abreviado.

El concurso abreviado se caracteriza por tener especiales previsiones en relación al acortamiento de los plazos, a la presentación de concurso con propuesta anticipada de convenio, así como a la presentación de concurso con petición de liquidación anticipada. Por tanto, la LC regula estas especialidades del procedimiento abreviado disponiendo que, supletoriamente, se aplicarán a este procedimiento las normas del ordinario, esto es, que todo aquello que no tenga previsto una específica regulación dentro de las especialidades que la Ley establece para el procedimiento abreviado, habrá de regirse por lo previsto para el procedimiento ordinario.

Así, entre las especiales previsiones que lleva a cabo la LC en relación al procedimiento concursal abreviado, hemos de citar, en relación al acortamiento de plazos (art. 191 LC), las siguientes:

1. El administrador concursal deberá presentar el inventario de bienes y derechos de la masa activa dentro de los 15 días siguientes a la aceptación del cargo.
2. El administrador concursal deberá presentar su informe en el plazo de un mes, contado a partir de la aceptación del cargo. Razonadamente, podrá solicitar al juez una prórroga que en ningún caso excederá de 15 días.
3. El administrador concursal practicará la comunicación a los acreedores del inventario y del pasivo del concurso al menos 5 días antes de la presentación de la lista de acreedores.
 4. El secretario judicial formará pieza separada en la que se tramitará lo relativo a las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores, y, al día siguiente, sin incoar incidente, dará traslado de las mismas al administrador concursal. Éste en el plazo de 10 días, comunicará al juzgado si acepta la pretensión, incorporándola a los textos definitivos, o si se opondrá formalmente a la misma, proponiendo a su vez la prueba que considere pertinente. Contestada la demanda o transcurrido el plazo para ello, el proceso continuará con la contestación por parte del demandado (administración concursal y concursado) hasta que se dicte sentencia. Entre la contestación a la demanda y la sentencia se podrá celebrar vista si hubiera actividad probatoria que practicar. Si hubiera más de una impugnación, se acumularán de modo que se tramiten y resuelvan en una sola vista.
 5. El administrador concursal deberá informar de inmediato al juez de la incidencia de las impugnaciones sobre el quórum y las mayorías necesarias para aprobar el convenio. Si las impugnaciones afectaran a menos del 20 % del activo o del pasivo del concurso, el juez podrá ordenar la finalización de la fase común y la apertura de la fase de convenio o liquidación, sin perjuicio del reflejo que las impugnaciones puedan tener en los textos definitivos.
6. El plazo para la presentación de propuestas ordinarias de convenio finalizará en todo caso 5 días después de la notificación del informe del administrador concursal. Admitida a trámite la propuesta de convenio, el secretario judicial señalará fecha para la celebración de la junta de acreedores dentro de los 30 días hábiles siguientes.
 7. Si en el plazo previsto en el apartado anterior no se hubiera presentado propuesta de convenio, el secretario judicial abrirá de inmediato la fase de liquidación requiriendo al administrador concursal para que presente el plan de liquidación en el plazo improrrogable de diez días.
 8. Una vez aprobado el plan, las operaciones de liquidación no podrán durar más de tres meses, prorrogables, a petición de la administración concursal, por un mes más.

Por su parte, en relación a las especialidades del procedimiento abreviado en caso de solicitud de concurso con presentación de propuesta de convenio (art. 191 bis LC), hemos de hacer mención a las siguientes:

 1. En el auto de declaración de concurso el juez se pronunciará sobre la admisión a trámite de la propuesta de convenio presentada por el deudor con su solicitud.
 2. El administrador concursal deberá evaluar la propuesta de convenio presentada por el deudor, dentro del plazo de diez días a contar desde la publicación de la declaración de concurso.

3. La aceptación de la propuesta de convenio se realizará por escrito. Los acreedores que no se hubieran adherido antes a la propuesta de convenio presentada por el deudor podrán hacerlo hasta cinco días después de la fecha de presentación del informe del administrador concursal.

4. Dentro de los tres días siguientes a aquél en el que hubiere finalizado el plazo para formular adhesiones, el secretario judicial verificará si la propuesta de convenio alcanza la mayoría legalmente exigida y proclamará el resultado mediante decreto. Si la mayoría resultase obtenida, el juez, inmediatamente después de la expiración del plazo de oposición a la aprobación judicial del convenio, dictará sentencia aprobatoria, salvo que se hubiera formulado oposición a dicha aprobación o proceda su rechazo de oficio. Si hubiera oposición, el secretario judicial admitirá la demanda y el juez podrá requerir al impugnante que preste caución por los daños o perjuicios que para la masa pasiva y activa del concurso pueda suponer la demora en la aprobación del convenio.

Por último, entre las especialidades del procedimiento abreviado en caso de solicitud de concurso con presentación de plan de liquidación (art. 191 ter LC), hemos de reseñar las siguientes:

1. Si el deudor hubiera solicitado la liquidación al tiempo de la solicitud del concurso, el juez acordará de inmediato la apertura de la fase de liquidación.

2. Una vez se ha abierto la fase de liquidación, el secretario judicial dará traslado del plan de liquidación presentado por el deudor para que sea informado en el plazo de diez días por el administrador concursal y para que los acreedores puedan realizar alegaciones.

3. El informe del administrador concursal deberá incluir necesariamente el inventario de la masa activa del concurso y evaluar el efecto de la resolución de los contratos sobre las masas activa y pasiva del concurso.

4. En el auto por el que se apruebe el plan de liquidación, el juez podrá acordar la resolución de los contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes, con excepción de aquellos que se vinculen a una oferta efectiva de compra de la unidad productiva o de parte de ella.

5. En caso de suspenderse las operaciones de liquidación con motivo de las impugnaciones del inventario o de la lista de acreedores, el juez podrá requerir a los impugnantes para que presten una caución que garantice los posibles daños y perjuicios por la demora.

Con formato: Español (España)

3. LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

La administración concursal es uno de los órganos del concurso de acreedores, en concreto, el órgano auxiliar del juez del concurso. Está integrado generalmente por un miembro profesional, designado por el juez de entre las listas oficiales que les son facilitadas con aquellas personas que cumplen los requisitos fijados por la ley para desempeñar el cargo, y su función es principalmente la de procurar intervenir o gestionar las masas activas y pasivas de la concursada para lograr la mejor satisfacción de los acreedores, con respeto a los principios y normas propias de la LC y del resto de disposiciones legales aplicables.

3.1. COMPOSICIÓN

La administración concursal está integrada por un único miembro (modificación llevada a cabo por la reforma del 2011). Así, para poder ejercer el cargo de administrador concursal es necesario cumplir alguno de los siguientes requisitos:

1. Ser abogado en ejercicio con cinco años de experiencia profesional efectiva en el ejercicio de la abogacía, que hubiera acreditado formación especializada en Derecho Concursal.
2. Ser economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia profesional, con especialización demostrable en el ámbito concursal.
3. Ser una persona jurídica en la que se integre, al menos, un abogado en ejercicio y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, y que garantice la debida independencia y dedicación en el desarrollo de las funciones de administración concursal.

No obstante, la ley prevé una serie de casos especiales:

—En caso de concurso de una entidad emisora de valores o instrumentos derivados que se negocien en un mercado secundario oficial, de una entidad encargada de regir la negociación, compensación o liquidación de esos valores o instrumentos, o de una empresa de servicios de inversión, será nombrado administrador concursal un miembro del personal técnico de la Comisión Nacional del Mercado de Valores u otra persona propuesta por ésta con la cualificación del número 2.º del apartado anterior, a cuyo efecto la Comisión Nacional del Mercado de Valores comunicará al juez la identidad de aquella.

—En caso de concurso de una entidad de crédito o de una entidad aseguradora, el juez nombrará al administrador concursal de entre los propuestos respectivamente por el Fondo de Garantía de Depósitos y el Consorcio de Compensación de Seguros.

Se prevé, además, para caso de concursos ordinarios de especial trascendencia, que el juez nombrará, además del administrador concursal abogado, economista o persona jurídica, a un administrador concursal acreedor titular de créditos ordinarios o con privilegio general no garantizado de entre los que figuren en el primer tercio de mayor importe. A estos efectos, cuando el conjunto de las deudas con los trabajadores por los créditos salariales estuviera incluida en el primer tercio de mayor importe, el juez podrá nombrar como administrador acreedor a la representación legal de los trabajadores, que deberá designar un profesional que reúna la condición de economista, titulado mercantil, auditor de cuentas o abogado, quedando sometido al mismo régimen de incapacidades, incompatibilidades, prohibiciones, remuneración y responsabilidad que los demás miembros de la administración concursal.

Se entiende por concursos de especial trascendencia aquellos en los que concurra uno de los siguientes supuestos:

1. Que la cifra de negocio anual del concursado haya sido de cien millones de euros o superior en cualquiera de los tres ejercicios anteriores a aquél en que sea declarado el concurso.
2. Que el importe de la masa pasiva declarada por el concursado sea superior a cien millones

de euros.

3. Que el número de acreedores manifestado por el concursado sea superior a mil.

4. Que el número de trabajadores sea superior a cien o lo haya sido en alguno de los tres ejercicios anteriores a la declaración del concurso.

En todo caso, el juez del concurso, de oficio o a instancia de un acreedor de carácter público o de la administración concursal, en aquellos concursos en que exista una causa de interés público que así lo justifique y aun cuando no concurren los supuestos antes mencionados, podrá nombrar como administrador concursal acreedor a una Administración pública o a una entidad de Derecho Público vinculada o dependiente de ella. Cuando el acreedor designado sea una Administración pública o una entidad de Derecho Público vinculada o dependiente de ella, la designación del profesional podrá recaer en cualquier empleado público con titulación universitaria, de graduado o licenciado en ámbitos pertenecientes a las ciencias jurídicas o económicas, y su régimen de responsabilidad será el específico de la legislación administrativa.

Todos aquellos que deseen desempeñar el cargo de administrador concursal, salvo los empleados públicos designados por la Administración Pública para ello, deberán inscribirse en una lista que recogerá todos aquellos profesionales y personas jurídicas aptos y disponibles para el desempeño de la función. Aquellos que deseen inscribirse en la lista deberán acreditar, además de los requisitos expuestos con anterioridad, su formación en materia concursal y su compromiso de continuar la formación en esta materia, pudiendo además solicitar la inclusión en la lista de su experiencia como administradores concursales o auxiliares delegados en otros concursos, así como de otros conocimientos o formación especiales que puedan ser relevantes a los efectos de su función.

Estas listas son remitidas a los juzgados decanos por parte de los registros oficiales de auditores de cuentas y los correspondientes colegios profesionales, quienes presentarán, en el mes de diciembre de cada año, para su utilización desde el primer día del año siguiente, los respectivos listados de personas disponibles, incluidas las personas jurídicas. Los profesionales cuya colegiación no resulte obligatoria podrán solicitar, de forma gratuita, su inclusión en la lista en ese mismo período justificando documentalmente la formación recibida y la disponibilidad para ser designados. Igualmente las personas jurídicas podrán solicitar su inclusión, reseñando los profesionales que las integran y, salvo que ya figuraran en las listas, su formación y disponibilidad.

Finalmente, los jueces de lo mercantil, a la hora de dictar un auto de declaración de concurso, habrán de designar un administrador concursal de entre los incluidos en las listas procurando una distribución equitativa. No obstante, el juez podrá, apreciándolo razonadamente, designar a unos concretos administradores concursales, aunque no sea tan equitativa la distribución por haber sido nombrados más a menudo en el juzgado de que se trate, cuando el previsible desarrollo del proceso exija una experiencia o unos conocimientos o formación especiales, como los vinculados a asegurar la continuidad de la actividad empresarial o que se puedan deducir de la complejidad del concurso.

Para concursos ordinarios deberá designar a quienes acrediten su participación como administradores o auxiliares delegados en otros concursos ordinarios o, al menos, tres

concurso abreviado, salvo que el juez considere, de manera motivada, idónea la formación y experiencia de los que designe en atención a las características concretas del concurso.

Con formato: Español (España)

3.2. RÉGIMEN DE INCAPACIDADES Y PROHIBICIONES

Hay casos en los que, a pesar de concurrir los requisitos exigidos para ello en las personas a designar como administrador concursal en un determinado procedimiento concursal, no podrán desempeñar tal cargo, por darse en ellos una serie de causas de incapacidad, incompatibilidad o prohibición.

De esta manera, no podrán ser nombrados administradores concursales (art. 28 LC):

1. Quienes no puedan ser administradores de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, ni quienes hayan prestado cualquier clase de servicios profesionales al deudor o a personas especialmente relacionadas con éste en los últimos tres años, incluidos aquellos que durante ese plazo hubieran compartido con aquél el ejercicio de actividades profesionales de la misma o diferente naturaleza.

2. Los que se encuentren, cualquiera que sea su condición o profesión, en alguna de las situaciones a que se refiere el artículo 51 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, en relación con el propio deudor, sus directivos o administradores, o con un acreedor que represente más del 10 % de la masa pasiva del concurso.

3. Los abogados, auditores, economistas o titulados mercantiles que hubieran sido designados para dicho cargo por el mismo juzgado en tres concursos dentro de los dos años anteriores. A estos efectos, los nombramientos efectuados en concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo de empresas se computarán como uno solo. Esta limitación no se aplicará en el caso de las personas jurídicas, ni en aquellos casos en que no existan suficientes profesionales disponibles en la lista correspondiente.

4. Quienes hubieran sido separados de este cargo dentro de los dos años anteriores, ni quienes se encuentren inhabilitados por sentencia firme de desaprobación de cuentas en concurso anterior.

5. En un mismo concurso, quienes estén entre sí vinculados personal o profesionalmente. Para apreciar la vinculación personal se aplicarán las reglas establecidas en el artículo 93 de la LC. Se apreciará vinculación profesional, en cambio, en las personas entre las que existan, o hayan existido en los dos años anteriores a la solicitud del concurso, de hecho o de derecho, relaciones de prestación de servicios, de colaboración o de dependencia, cualquiera que sea el título jurídico que pueda atribuirse a dichas relaciones.

6. Quien, como experto independiente, hubiera emitido el informe favorable en relación con un acuerdo de refinanciación que hubiera alcanzado el deudor antes de su declaración de concurso.

El nombramiento de administrador concursal será comunicado al designado por el medio más rápido. Dentro de los cinco días siguientes al de recibo de la comunicación, el designado

deberá comparecer ante el juzgado para acreditar que tiene suscrito un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente proporcional a la naturaleza y alcance del riesgo cubierto en los términos que se desarrollen reglamentariamente, para responder de los posibles daños en el ejercicio de su función y manifestar si acepta o no el encargo. Cuando el administrador concursal sea una persona jurídica recaerá sobre ésta la exigencia de suscripción del seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente. De concurrir en el administrador concursal alguna causa de recusación, estará obligado a manifestarla. Aceptado el cargo, el secretario judicial expedirá y entregará al designado documento acreditativo de su condición de administrador concursal.

Este mismo régimen de incompatibilidades y prohibiciones será aplicable a los auxiliares delegados. Los auxiliares delegados son aquellas personas en las que han de concurrir los mismos requisitos que para ser nombrado administrador concursal, y que son nombrados por el juez a petición de estos cuando voluntariamente lo solicitan para ser ayudados en su labor, bien de forma genérica, bien para la realización de determinadas tareas, siempre por delegación del administrador concursal; o bien, cuando obligatoriamente prevea la ley hayan de ser nombrados.

El nombramiento de, al menos, un auxiliar delegado será obligatorio:

1. En empresas con establecimientos dispersos por el territorio.
2. En empresas de gran dimensión.
3. Cuando se solicite prórroga para la emisión del informe.
4. En concursos conexos en los que se haya nombrado una administración concursal única.

Estarán retribuidos con cargo a los aranceles de la administración concursal, y sometidos además, a su mismo régimen de recusación y responsabilidad.

El nombramiento de los auxiliares delegados se realizará sin perjuicio de la colaboración con los administradores concursales del personal a su servicio o de los dependientes del deudor.

Con formato: Español (España)

3.3. ESTATUTO JURÍDICO DEL ADMINISTRADOR CONCURSAL: RETRIBUCIÓN. RESPONSABILIDAD

La L.C. en los artículos 34 a 39, regula el Estatuto jurídico del administrador concursal, y dentro del mismo, (i) su retribución, (ii) el ejercicio del cargo, (iii) su régimen de responsabilidad, (iv) la separación del cargo, y (v) el régimen de los nuevos nombramientos en caso de cese del administrador concursal.

(i) En primer lugar, y en relación a la retribución de la administración concursal, se regula la determinación de su cuantía mediante un arancel que se aprobará reglamentariamente y que atenderá a la cuantía del activo y del pasivo, al carácter ordinario o abreviado del procedimiento, a la acumulación de concursos y a la previsible complejidad del concurso. En todo caso, se prevé que el arancel habrá de ajustarse necesariamente a las siguientes reglas:

Exclusividad. Los administradores concursales solo podrán percibir por su intervención en el

concurso las cantidades que resulten de la aplicación del arancel.

–Limitación. La administración concursal no podrá ser retribuida por encima de la cantidad máxima que se fije reglamentariamente para el conjunto del concurso.

–Efectividad. En aquellos concursos en que la masa sea insuficiente, se garantizará el pago de un mínimo retributivo establecido reglamentariamente, mediante una cuenta de garantía arancelaria que se dotará con aportaciones obligatorias de los administradores concursales.

Estas dotaciones se detraerán de las retribuciones que efectivamente perciban los administradores concursales en los concursos en que actúen en el porcentaje que se determine reglamentariamente.

El juez, previo informe de la administración concursal, fijará por medio de auto y conforme al arancel la cuantía de la retribución, así como los plazos en que deba ser satisfecha. En cualquier estado del procedimiento, el juez, de oficio o a solicitud de deudor o de cualquier acreedor, podrá modificar la retribución fijada, si concurriera justa causa y siempre aplicando el arancel

(ii) Por su parte, en relación al ejercicio del cargo de administrador concursal, los administradores concursales y los auxiliares delegados deben ejercer su cargo con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal. Cuando la administración concursal esté integrada por dos miembros, las funciones de este órgano concursal se ejercerán de forma conjunta, adoptándose las decisiones de forma mancomunada, salvo para el ejercicio de aquellas competencias que el juez les atribuya individualizadamente, lo que no suele ser frecuente. En caso de disconformidad de criterio entre los administradores concursales, resolverá el juez.

Las decisiones y los acuerdos de la administración concursal que no sean de trámite o de gestión ordinaria se consignarán por escrito y serán firmados, en su caso, por todos sus miembros. Se elimina, tras la reforma de 2011, la exigencia formal de documentación de las mismas en un libro de actas legalizado por el secretario judicial del juzgado de lo mercantil que conozca del procedimiento concursal.

La administración concursal ejerce además su cargo sometida a la supervisión del juez del concurso, quien podrá, en cualquier momento del procedimiento, requerirle una información específica o una memoria sobre el estado de la fase del concurso.

(iii) En relación a la responsabilidad de los administradores concursales, es necesario tener presente que los administradores concursales y los auxiliares delegados responderán frente al deudor y frente a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la Ley o realizados sin la debida diligencia. La responsabilidad de los administradores concursales es solidaria entre sí, si hubiera más de uno, y con los auxiliares delegados, con respecto a los actos y omisiones lesivos que hubieran podido llevar a cabo.

Sólo podrán exonerarse de dicha responsabilidad en caso de que logren acreditar haber empleado toda la diligencia debida para prevenir o evitar el daño.

La acción de responsabilidad, que se sustanciará por los trámites del juicio declarativo que corresponda, ante el juez que conozca o haya conocido del concurso, prescribirá a los cuatro años, contados desde que el actor tuvo conocimiento del daño o perjuicio por el que reclama

y, en todo caso, desde que los administradores concursales o los auxiliares delegados hubieran cesado en su cargo. Si la sentencia contuviera condena a indemnizar daños y perjuicios, el acreedor que hubiera ejercitado la acción en interés de la masa tendrá derecho a que, con cargo a la cantidad percibida, se le reembolsen los gastos necesarios que hubiera soportado.

Así mismo, sin perjuicio de lo anterior, y en adición a ello, los acreedores y los terceros que vean lesionados directamente sus intereses por actos u omisiones de los administradores concursales y auxiliares delegados, conservarán cuantas acciones ordinarias les pudieran corresponder conforme a derecho.

(iv) En cuanto al régimen de separación, la LC prevé que, cuando concurra justa causa, el juez, de oficio o a instancia de cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso o de cualquiera de los demás miembros de la administración concursal, podrá separar del cargo a los administradores concursales o revocar el nombramiento de los auxiliares delegados.

(v) Como consecuencia del cese de un administrador concursal, el juez ha de llevar a cabo un nuevo nombramiento de inmediato de otra persona que lo sustituya. Si el cesado fuera el representante de una persona jurídica administradora, el juez requerirá la comunicación de la identidad de la nueva persona natural que haya de representarla en el ejercicio de su cargo. Al cese y nuevo nombramiento se dará la misma publicidad que hubiera tenido el nombramiento del administrador concursal sustituido. En caso de cese del administrador concursal antes de la conclusión del concurso, el juez le ordenará rendir cuentas de su actuación. Esta rendición de cuentas se presentará por el administrador concursal dentro del plazo de un mes, contado desde que le sea notificada la orden judicial, y será objeto de los mismos trámites, resoluciones y efectos previstos para las rendiciones de cuentas a la conclusión del concurso.

Con formato: Español (España)

CASO PRÁCTICO

format: sangrado: izq

La sociedad MIPHARMA, SA ha sido incapaz este mes de pagar las nóminas a los trabajadores. Además, tiene deuda con el Banco CHS por valor de tres millones de euros por un préstamo suscrito hace un año, del que ha impagado ya varias cuotas por valor de quinientos mil euros, con la Caja de Ahorros del Norte por valor de dos millones de euros en virtud de un préstamo hipotecario, del que ya ha impagado cien mil euros, con el Banco Itálico por un préstamo impagado en su totalidad que asciende a cuatrocientos mil euros, y con más de veinte proveedores, adeudando a cada uno de ellos la cantidad de cinco mil euros.

El administrador único de la compañía está muy preocupado, y ha desarrollado un plan en virtud del cual se va a vender un inmueble a uno de sus socios a la mitad de su valor de mercado para obtener algo de tesorería, si bien, no recibirán el precio hasta dentro de seis meses.

format: sangrado: izq

Contesta a las siguientes preguntas:

1. ¿Informarías favorablemente a la propuesta que quiere llevar a cabo? Razona tu respuesta

y, en caso de ser ésta negativa, explica qué podrías aconsejarle.

2. ¿Qué sucedería si, estando en situación de concurso, lo solicitara antes un acreedor?

3. ¿Podríamos acudir a una solución paraconcursal con carácter previo? En este caso, explicar cuáles serían los requisitos concretos para este caso que se le exigirían a MIPHARMA.

4. La empresa, a pesar de que intenta llegar a una solución paraconcursal no lo consigue, no puede refinanciar porque no le apoyan suficientes acreedores. ¿Qué tiene que hacer ahora?

5. El administrador único de la compañía quiere saber cómo se va a ver afectado por el nombramiento del administrador concursal una vez declarado el concurso. Infórmale debidamente.

Con formato: Español (España)

BIBLIOGRAFÍA

format:sangrado:fran

ÁLVAREZ VEGA, M. I., «Soluciones concursales y paraconcursales a la crisis de la empresa. La función conservativa del concurso de acreedores en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal», *Revista de Derecho Privado*, Núm. 9-10/2004, septiembre 2004.

format:sangrado:fran

BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M., *Los problemas de la Ley Concursal*, Congreso español de Derecho, Civitas, Madrid, 2009.

format:sangrado:fran

FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El régimen jurídico preconcursal de los acuerdos de refinanciación (DA 4ª LC). Propuesta de reforma legislativa*, Colegio de Registradores de la Propiedad, 2010.

format:sangrado:fran

HUALDE LÓPEZ, I., *Régimen jurídico de la administración concursal*, Civitas, Madrid, 2009.

format:sangrado:fran

PACHECO GUEVARA, A., *La administración concursal*, Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2009.

format:sangrado:fran

RUIZ DE VELASCO, A., *Manual de Derecho Mercantil*, Publicaciones Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2005.

TEMA 8

Títulos Valores

RAFAEL BUDI HURTADO

Profesor de Derecho Mercantil. Universidad Pontificia Comillas

SUMARIO

- 1- Los títulos valores
 - 1.1- Concepto de los Títulos valores
 - 1.2- Clases de Títulos valores
 - 1.3- Alternativa al uso de los Títulos valores
- 2- La letra de cambio
 - 2.1- Concepto y función económica de la Letra de cambio
 - 2.2- Creación, requisitos formales y sujetos de la Letra
 - 2.2.1- La creación de la Letra
 - 2.2.2- Requisitos formales de validez
 - 2.2.3- Sujetos que pueden intervenir en la Letra
 - 2.3- La aceptación de la Letra de cambio
 - 2.3.1- Concepto y forma de la aceptación
 - 2.3.2- Clases y efectos de la aceptación. Consecuencias de la negativa a aceptar la Letra
 - 2.4- El endoso de la Letra
 - 2.4.1- Concepto, sujetos y forma del endoso
 - 2.4.2- Clases y efectos del endoso
 - 2.4.2.1- Endoso pleno
 - 2.4.2.2- El endoso limitado
 - 2.5- El aval de la Letra
 - 2.5.1- Concepto, sujetos y forma del aval
 - 2.5.2- Clases y efectos del aval
 - 2.6- Cláusulas facultativas de la Letra de cambio
- 2.7- El vencimiento, la presentación y el pago voluntario de la Letra
 - 2.7.1- El vencimiento de la Letra
 - 2.7.2- La presentación al pago
 - 2.7.3- El pago voluntario de la Letra. Forma y efectos del pago
- 2.8- El impago de la Letra
 - 2.8.1- Consecuencias de la falta de pago voluntario
 - 2.8.2- Constatación del impago

2.3.3. La reclamación judicial de la Letra

3. El cheque

3.1. Concepto y función económica del cheque

3.2. Requisitos formales de validez y sujetos del cheque

3.3. Clases de cheques

3.4. El endoso y el aval del Cheque

3.5. La presentación y el pago del Cheque. Consecuencias de su impago y reclamación judicial

4. El pagaré

4.1. Concepto y función económica del pagaré

4.2. Requisitos de validez y sujetos del Pagaré

4.3. Clases de pagarés

4.4. Régimen jurídico de funcionamiento del Pagaré

Caso práctico

Anexo

Bibliografía

-

1. LOS TÍTULOS VALORES

-

1.1. CONCEPTO DE LOS TÍTULOS VALORES

Los Títulos valores son documentos formales que tienen incorporado un derecho de contenido económico, que se configura de manera independiente de la causa que los genera, y cuyo ejercicio está vinculado jurídicamente a la posesión del documento.

El concepto amplio mencionado, permite encuadrar entre los Títulos valores no solo los que contemplan obligaciones o derechos de crédito, tales como la Letra de cambio, el Cheque o el Pagaré, sino también otros que hacen referencia a distintas situaciones jurídicas a las que nos referimos en la clasificación que se expone en el epígrafe siguiente.

-

1.2. CLASES DE TÍTULOS VALORES

No hay una única clasificación de los Títulos valores. En primer lugar, podemos distinguirlos por la forma de transmitirse, en cuyo caso se puede hablar de Títulos al portador, Títulos nominativos y Títulos a la orden. Los primeros se transmiten por la simple entrega del documento, de tal manera que la posesión del título al portador crea una apariencia de titularidad del derecho y de legitimación al cobro, aunque la doctrina y la jurisprudencia coinciden en señalar que la entrega material del Título debe suponer la existencia de un derecho para la efectiva transmisión de la propiedad. Por su parte, en los Títulos nominativos, para producir la transmisión y poder exigir el pago es necesario, junto con la entrega material

del documento, ser la persona designada en el Título. Finalmente, en los denominados Títulos a la orden, se exige, para su transmisión, la declaración formal de su Tenedor en el Título y la coincidencia de que quien lo transmite sea el último designado en una cadena regular de endosos.

Además de la clasificación anterior y sin perjuicio de que existan otras clasificaciones de menor interés, es relevante al objeto de nuestro estudio, la clasificación que se refiere a los Títulos por el derecho que incorporan, dentro de la cual podemos distinguir tres clases:

Títulos de tradición. Otorgan a su titular el derecho a exigir al emisor de los mismos la entrega de una mercancía o cosa determinada, e indican el lugar en el que se produce esa entrega, como son, por ejemplo, los resguardos de depósito de mercancías en los almacenes generales, las cartas de porte o el conocimiento de embarque.

Títulos de participación. Son los que conceden a su Tenedor el derecho a ser socio de una sociedad mercantil o a participar en una determinada Entidad; el ejemplo más típico de estos son las acciones de las sociedades anónimas.

Títulos de crédito. Conceden a su Tenedor legítimo el derecho a cobrar una cantidad de dinero determinada en el título; dentro de estos cabe mencionar los que van a ser objeto de nuestro estudio en este Tema: la Letra de cambio, el Cheque y el Pagaré.

1.3. ALTERNATIVA AL USO DE LOS TÍTULOS VALORES

Los Títulos valores en general atraviesan en nuestros días una cierta crisis que se deriva fundamentalmente de su masificación y consiguiente dificultad de manejo físico de los mismos. Se puede afirmar que hay una paulatina tendencia a la sustitución de los documentos impresos en papel por otros instrumentos, como las anotaciones en cuenta, que permiten representar la misma función que el documento mediante la incorporación de los derechos a soportes informáticos. De esta forma, los derechos que tradicionalmente se vienen incorporando al documento, constan en anotaciones en cuenta o relacionados en dichos soportes, los cuales, con las debidas garantías que prestan las Entidades que los custodian y tratan informáticamente, permiten esa función sustitutiva del documento e incluso la obtención por los titulares de los derechos, caso en que lo precisen, de certificaciones acreditativas de su condición.

2. LA LETRA DE CAMBIO

2.1. CONCEPTO Y FUNCIÓN ECONÓMICA DE LA LETRA DE CAMBIO

La Letra de cambio es un Título valor que emite una persona llamada Librador, mediante la cual ordena a otra persona, llamada Librado, la realización de un pago determinado en dinero, a favor de la persona que sea tenedora legítima de la Letra, en la fecha de vencimiento indicada en la misma.

La Letra de cambio es el Título valor de crédito más completo desde un punto de vista funcional y formal, de tal manera que su estudio permite una fácil comprensión de los otros dos Títulos valores de crédito que son objeto de este Tema: el Cheque y el Pagaré, a los que luego nos referiremos. Por ello dedicaremos a la Letra mayor atención, considerando que hay bastantes aspectos del régimen jurídico de esta que son de aplicación, por remisión, al Cheque y al Pagaré. La regulación legal de la Letra de Cambio en España se contiene en la Ley 19/1985 de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque (LC).

Examinamos a continuación cuales son las funciones de la Letra desde un punto de vista económico, contemplando las distintas causas o motivos por los que se puede crear.

1ª. Instrumento de pago de deudas. La Letra puede servir para que un acreedor pague una deuda dineraria a su deudor. En estos casos el Librado, a quien se dirige la orden de pago, pone su firma aceptando la Letra, es decir asume la obligación de pago convirtiéndose en aceptante de la misma. Mediante la aceptación, se puede deducir, como regla general, que el Librado ha recibido lo que se denomina «provisión de fondos», que equivaldría a la contraprestación por la aceptación de la Letra. *V. gr.* el vendedor de unas mercancías entrega las mismas (provisión de fondos), y emite la Letra, solicitando del comprador que la acepte, lo que este admite como instrumento de pago del precio de la compraventa.

2ª. Concesión de crédito. La Letra es también un instrumento para conceder crédito si se utiliza como instrumento de pago aplazado de una obligación, de tal manera que la posdatación de la fecha de vencimiento sobre la de libramiento (emisión) de la Letra, ya supone en sí misma la concesión de crédito al deudor. *V. gr.* el vendedor y el comprador acuerdan un aplazamiento en el pago del precio, a cuyo fin se libra la Letra, por lo que mediante el vencimiento a una fecha posterior se está concediendo un crédito por el primero al segundo.

3ª. Instrumento financiero. En tercer lugar, las Letras de cambio sirven como forma de obtención de financiación por las empresas mediante la vinculación de las mismas a un contrato de descuento, de manera que el acreedor de la Letra puede obtener anticipadamente su importe, normalmente en una Entidad de crédito (generalmente un Banco). El descuento es un endoso (*vid.* 2.4), mediante el cual el Tenedor, acreedor de la Letra, la cede a un tercero mediante la entrega de la misma y este le adelanta el dinero antes de la fecha de vencimiento, aplicando, a cambio del adelanto, un tipo de interés o porcentaje sobre el importe de la Letra cuyo equivalente en dinero resta de lo que entrega (de ahí el nombre de descuento). Respecto del descuento debe señalarse también, que es el tercero que descuenta (Banco), como nuevo Tenedor de la Letra, quien será el nuevo titular del derecho que la Letra incorpora.

4ª. Instrumento de garantía. Finalmente, la Letra también puede ser un instrumento de garantía. En primer lugar porque puede ser un instrumento que refuerza la reclamación judicial de un crédito (*vid.* 2.8), más allá de la protección que otorga la documentación mercantil habitual: contratos, facturas, albaranes o recibos. En segundo lugar, en el terreno de las operaciones de préstamo, en particular bancarias, se puede utilizar como cobertura o garantía de operaciones de concesión de crédito.

En nuestros días la Letra de cambio ha perdido importancia hasta el punto que, al igual que puede hablarse de una crisis de los Títulos valor, podemos también hablar de una crisis particular de la Letra, en lo que se refiere al uso generalizado de la misma. Entre las causas

por las que la Letra ha perdido importancia podemos destacar dos. En primer y principal lugar debido a que hay otros instrumentos que cumplen alternativamente las funciones tradicionales de la Letra. Basta pensar en el Pagaré de cuenta corriente, al que luego nos referiremos, que es un Título valor que puede cumplir las funciones principales de la Letra, en concreto es un instrumento generalizado para pagos aplazados, si bien funcionalmente más simple que la Letra. También puede mencionarse al respecto, la existencia de otros instrumentos alternativos de obtención de descuento o aseguramiento del pago por los empresarios en sus operaciones mercantiles sin necesidad de emitir Letras o Pagarés, como puede ser el factoring con financiación, que se hace de manera colectiva y con descuento de facturas que tienen vencimientos posdatados, o el confirming, en el que se garantiza el pago aplazado de facturas por el Banco del deudor al acreedor y con posibilidad de adelanto a este del cobro antes del vencimiento de las mismas. En segundo lugar, la concesión de crédito entre empresarios mediante el aplazamiento de pago en las operaciones mercantiles realizadas entre ellos, está regulada en la actualidad mediante límites temporales máximos que pueden afectar también al menor uso de los instrumentos de pago aplazados en el ámbito empresarial, y en particular a la Letra. En este sentido citamos la Ley 3/2004 de 29 de diciembre en la redacción dada por la Ley 15/2010, de 5 de julio, de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales que prohíbe el pactar pagos aplazados superiores a sesenta días después de la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios, sin que este plazo de pago máximo pueda ser ampliado por acuerdo entre las partes, en aquellas operaciones comerciales realizadas entre empresas o entre empresas y las Administraciones públicas. Estas dos circunstancias: existencia de instrumentos mercantiles alternativos y limitación legal en la concesión de crédito entre empresarios derivado de relaciones comerciales, suponen, en la práctica, factores que restringen el uso de las Letras de cambio, en el ámbito de las relaciones empresariales

2.2. CREACIÓN, REQUISITOS FORMALES Y SUJETOS DE LA LETRA

2.2.1. La creación de la Letra

La creación de la Letra se hace por la persona que la compra y la emite llamada Librador. La compra de la Letra se realiza en España generalmente en los estancos, y el importe de la misma equivale al denominado timbre que figura en el documento en la parte superior derecha, que no es otra cosa que el justificante del pago del Impuesto de Actos Jurídico Documentados al que luego nos referiremos. La causa por la que se crea la Letra dependerá de la función económica que esta vaya a desempeñar, según ya vimos.

El título o documento en que consiste la Letra, está en el modelo oficial que se reproduce en el Anexo A de este Tema 8. Este modelo oficial está aprobado por Orden del Ministerio de Hacienda de 30 de junio de 1999. En dicho modelo aparecen configurados los requisitos básicos que deben aparecer en la Letra, para que se cumplieren por los sujetos que pueden intervenir en ella.

2.2.2. Requisitos formales de validez

La Letra de cambio es un documento formal que debe contener una serie de menciones esenciales y obligatorias para que pueda ser válida como tal, y cuya ausencia puede suponer la nulidad de la misma. Así se indica expresamente en la Ley cambiaria (art. 1 LC); cuando enumera tales requisitos, que son:

- 1º. La denominación de Letra de Cambio inserta en el texto del documento y expresado en el mismo idioma empleado en su redacción.
- 2º. La orden pura y simple de pagar una cantidad de dinero en euros o moneda determinada con cotización oficial en euros.
- 3º. Nombre del que debe pagar, denominado Librado.
- 4º. Indicación de la fecha de vencimiento.
- 5º. Lugar donde debe efectuarse el pago. Se entiende por lugar el domicilio, que puede ser el de un tercero, generalmente, pero no necesariamente, suele ser un Banco.
- 6º. Nombre de la persona a quien debe efectuarse el pago, llamado Tomador.
- 7º. Fecha y lugar donde se emite la Letra.
- 8º. La firma del que emite la Letra, denominada Librador.

Si bien son exigibles estos requisitos, la propia Ley determina (art. 2 LC), algunas excepciones a la regla general de exigencia formal y obligada de los mismos, de tal manera que, después de señalar que el documento que carezca de alguno de esos requisitos no se considerará Letra de cambio, exceptúa de esa declaración los siguientes supuestos:

- a) La Letra sin fecha de vencimiento. La Letra de cambio cuyo vencimiento no esté indicado, se considera pagadera a la vista, es decir en el momento de su presentación al cobro.
- b) La Letra sin lugar de domicilio de pago. Si no se indica específicamente este domicilio, se entenderá como lugar de pago de la Letra el designado junto al nombre del Librado.
- e) La Letra sin lugar de emisión. Si no se indica el lugar de emisión, se entenderá emitida en el lugar designado junto al nombre del Librador.

Además de esas menciones, debe tenerse también en cuenta, en este aspecto formal, lo siguiente:

— Cuando en una Letra de cambio figure escrito el importe de la misma en letra y en número pero la cantidad expresada en una y otra forma sea distinta, será válida la cantidad escrita en letra. La Letra de cambio cuyo importe este escrito varias veces por cantidad diferente, ya sea en letra, ya sea en números, será válida por la cantidad menor (art. 7 LC)

— Es posible incluir cláusulas facultativas en la Letra (*vid.* 2.6), que son todas las menciones legales puestas en la Letra por voluntad de los sujetos que intervienen en la misma y distintas de las indicadas.

—La letra se expide como ya dijimos, según el modelo oficial, en el que se incluye el timbre, cuyo importe, corresponde al pago del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados a que está obligatoriamente sometida la Letra (artículo 33 del texto refundido de la Ley del referido impuesto: RD 1/1993, de 24 de septiembre). Conviene precisar desde este momento que los

Pagarés y los Cheques solo pagan este impuesto caso en que se endosen, es decir cuando cumplen una función de giro, siendo así que si se utilizan como mero instrumento de un pago y no se transmiten no tributarán por el mencionado impuesto. El importe del timbre depende del importe de la Letra, conforme a una tabla regulada en el citado impuesto, de ahí que haya que tener en cuenta en el momento de comprarla que importe va a figurar en la misma. Supuesto de no pagar el impuesto en la cuantía determinada en la Ley, la Letra perdería su fuerza ejecutiva (art. 37 RD 1/1993) (vid. 2.8).

—Cuando la extensión de las menciones que figuren en la Letra así lo exijan, podrá ampliarse el documento en que consta la Letra, incorporando un suplemento por medio de una hoja adherida en la que se identifique la misma y en la que podrán hacerse constar cualesquiera menciones previstas en la presente Ley, con excepción de las enumeradas en el artículo primero, que deberán figurar en el documento en que se creó la Letra (art. 13 LC).

—La Ley permite extender varios ejemplares o copias de una Letra. Esto es poco utilizado en la práctica y su finalidad es, bien poder transmitir la Letra mientras el Librado la acepta o un avalista la avala, o bien asegurarse ante una posible pérdida de la Letra.

2.2.3. Sujetos que pueden intervenir en la Letra

En el examen que se ha hecho en los epígrafes anteriores sobre la creación y los requisitos de validez de la Letra, ya se mencionaron los principales sujetos que intervienen en la misma. Ahora bien, conviene a la mejor comprensión de la Letra, enunciar estos sujetos y en particular las relaciones económicas que puede haber entre ellos.

Librador. Es la persona que emite la Letra y da la orden de pago de la misma al Librado. El Librador también garantiza el pago de la Letra, sin que sea posible que quede exonerado de la garantía de pago frente a cualquier acreedor de la misma (art. 11 LC).

Librado. Es la persona a cuyo cargo el Librador extiende la Letra, es decir quien en primer lugar ha de hacerse cargo de pagar su importe, es por tanto el primer y directo deudor de la Letra.

Aceptante. Es el Librado una vez que firma la Letra aceptándola, lo que supone que da su conformidad expresa al pago de la misma a la fecha de su vencimiento (art. 33 LC).

Tomador. Es la persona que en primer lugar pasa a ser acreedor de la Letra. Es el primer Tenedor de la misma. Si faltase la mención de esta persona en la Letra, sería un documento al portador.

Tenedor. Es la persona que tiene la Letra y es acreedora de la misma. Puede haber sucesivos tenedores en virtud de la transmisión de la Letra mediante endoso.

Endosante y endosatario. El Endosante es la persona que transmite y el Endosatario es la

persona a quien se transmite la Letra.

Avalista y avalado. El Avalista es la persona que garantiza el cumplimiento de pago de la letra y el Avalado es la persona a favor de quien se presta el aval.

Domiciliatario. Es quien tiene la función de admitir y gestionar el pago de una Letra, por indicación del Librado (generalmente un Banco). A falta de este, la Letra se entiende domiciliada y debe pagarse en el domicilio del Librado.

Confusión de sujetos. Existe la posibilidad de que sujetos que intervienen en la Letra en distinta posición sean las mismas personas, en cuyo caso suele hablarse de confusión de sujetos. En particular, se da esta situación de confusión de sujetos cuando el Librador es la misma persona que el Tomador de la Letra, por ejemplo: el vendedor de unas mercancías es quien compra la Letra y la emite, es decir firma como Librador de la misma, pero además aparece como Tomador, ya que es el acreedor de la obligación que nace de la Letra, es decir cobrar el precio; en este caso se puede indicar que la Letra se libra «a la propia orden». Otro supuesto de confusión es cuando el Librador y el Librado son la misma persona, por ejemplo: el comprador de unas mercancías es quien compra la Letra y la emite, es decir firma como Librador, pero además aparece como Librado, aceptando la letra como compromiso de pago del precio; en este caso se puede indicar que la Letra se libra «al propio cargo».

2.3. LA ACEPTACIÓN DE LA LETRA DE CAMBIO

2.3.1. Concepto y forma de la aceptación

La aceptación es la manifestación que hace el Librado en la Letra, por la que expresa su voluntad de pagarla. Mediante la aceptación el Librado se convierte en el obligado directo y principal al pago de la Letra y responde de su obligación ante cualquier Tenedor de la misma (art. 33 LC). La aceptación es, por tanto, una declaración que puede hacerse después de crear la Letra y hasta la fecha del vencimiento de la misma (art. 25 LC). Debe tenerse en cuenta que la aceptación no es un requisito de creación de la Letra, es decir, la Letra existe como tal aunque el Librado no la acepte. Excepcionalmente, cabe también que la Letra pueda ser aceptada por una persona que, sin estar expresamente indicada en ella, intervenga por cuenta de cualquier obligado cambiario en vía de regreso, lo que supone la incorporación de un tercero, mediante lo que se llama aceptación por intervención, al vínculo de la obligación cambiaria. La regulación legal de la aceptación de la Letra se contiene en los artículos 25 a 34 de la LC.

La forma de la aceptación es simple y debe hacerse en el título mismo, bastando que el Librado firme en el anverso de la Letra, generalmente junto al término «ACEPTO» (*vid.* Anexo A), y entregue la Letra a quien se la presentó a la aceptación (art. 29 LC).

Si bien no es imprescindible, puede ponerse también la fecha de la aceptación junto a la firma del aceptante, en cuyo caso esta fecha será el día inicial para el cómputo del vencimiento de la Letra si esta tiene vencimiento a un plazo desde la vista (*vid.* 2.7). Debe también señalarse que es posible aceptar la Letra por una cantidad limitada, inferior al importe reflejado en ella (art.

30 LC).

-

2.3.2. Clases y efectos de la aceptación. Consecuencias de la negativa a aceptar la Letra

Si atendemos a la causa por la que el Librado acepta la Letra, puede señalarse que, generalmente, la aceptación responde, como ya indicamos, a la existencia de una relación negocial previa de tipo comercial o mercantil entre los sujetos que intervienen en la misma, por lo que podríamos hablar de una aceptación con causa en relaciones comerciales o mercantiles. En estos casos, es decir cuando la Letra responde a una realidad económica, se ha llegado a hablar impropia y erróneamente de Letras de aceptación obligatoria, en la medida en que si el Librado ha recibido provisión de fondos (contraprestación por la aceptación de la Letra), en el momento que es presentada por el tenedor solicitando la aceptación, debiera aceptarla; ahora bien, la realidad es que este planteamiento solo puede afirmarse cuando el Librado, habiendo recibido la provisión de fondos, convino de alguna manera aceptar la letra que le fuere girada por su acreedor, ya que, de no ser así, ningún deudor puede ser forzado a transformar su obligación de causal en cambiaria mediante la aceptación de la Letra.

Frente al supuesto más común expuesto en el párrafo anterior: Letras aceptadas con causa en una relación económica presidida por una contraprestación real, puede ocurrir que el Librado acepte la Letra sin una causa distinta al simple favor que realiza al Librador. De esta forma, se genera una Letra aceptada que acrece la confianza de quien la toma, sin otra causa distinta que el mero favor, produciendo el efecto de dar a la Letra una mayor confianza y permitir que esta circule (v. gr. mediante el descuento de la misma en un Banco). Esta Letra recibe el nombre de Letra de favor, la cual se admite como válida, ya que es un negocio jurídico cuya causa es el denominado pacto de favor, aunque desde un punto de vista económico el importe de la Letra pueda ser arbitrario al no responder a la recepción de un contravalor por una operación comercial o mercantil real. Conviene en este punto referirnos a la situación anómala y considerada fraudulenta, consistente en la emisión de Letras de cambio cruzadas, también llamadas letras pelota o papel de colusión, en la que las Letras son aceptadas como favor recíproco por dos o más personas. En este caso, el descuento de uno de los libradores, utilizando Letras con la firma de las otras personas, servirá para hacer frente al pago de los efectos girados a su cargo por los otros participantes. Generalmente esta práctica ilegal se instrumenta a través del descuento de esas Letras con cargo a líneas de descuento abiertas en Bancos, lo que permite descontar con facilidad las mismas hasta un límite prefijado en la línea de descuento que se contiene en el contrato suscrito con el Banco.

Además de referirnos, como acabamos de hacer, a la aceptación en función de la causa que la produce, también es posible hacer una distinción en razón de considerar si la Letra tiene o no que ser obligatoriamente presentada a la aceptación. En este sentido podemos distinguir los siguientes supuestos: a) Letras de presentación facultativa. Es el supuesto general de la aceptación, ya que es el Tenedor de la Letra quien facultativamente puede decidir la presentación de la Letra a la aceptación (art. 25 LC); b) Letras de necesaria presentación a la aceptación. Son aquellas en las que el Tenedor debe realizar la presentación a la aceptación en el plazo fijado por la Ley o por el Librador, como ocurre por ejemplo en el caso de las Letras giradas a un plazo desde la vista (art. 27 LC), o las Letras en las que el Librador establece un plazo para presentar la letra a la aceptación (art. 26 LC); y c) Letras de prohibida presentación a la aceptación. Son aquellas en las que el Librador así lo ordena por escrito, lo que puede

hacer, salvo que la letra sea pagadera en el domicilio de un tercero, o en una localidad distinta de la del domicilio del Librado, o se trate de una letra girada a un plazo desde la vista (art. 26, párrafo segundo LC).

En cuanto a los efectos de la aceptación y las consecuencias de la no aceptación, debe señalarse en primer lugar que si el Tenedor de la Letra la presenta al Librado para su aceptación y es aceptada, el Librado se convierte en el obligado cambiario principal y directo a su pago. El aceptante asume una obligación dotada de gran rigor procesal y no podrá negarse al pago el día de su vencimiento, porque el Tenedor de la letra, aun sin protesto, podrá ejercitar contra él la acción cambiaria directa (vid. 2.8).

Si presentada la Letra al Librado, este no la acepta no se convertirá en obligado a pagarla, ya que esta condición de deudor cambiario únicamente se adquiere por la aceptación mediante la firma en la Letra. Ahora bien, dado que la decisión del Librado de no aceptar la letra presupone la negativa a pagarla el día de su vencimiento, la LC permite en este caso al Tenedor dirigirse contra el Librador o los endosantes para exigir el pago de la Letra no aceptada, si levanta el correspondiente protesto por falta de aceptación, al que luego nos referiremos (vid. 2.8).

2.4. EL ENDOSO DE LA LETRA

2.4.1. Concepto, sujetos y forma del endoso

El endoso es la forma usual y típica de transmisión de la Letra. Por el endoso se transmite la Letra y los derechos a ella incorporados. Consiste en una declaración de voluntad que hace el Tenedor de la Letra, quien la firma en el reverso y en el espacio reservado para ello: «Páguese a» (vid. Parte inferior del Anexo A), procediendo a la entrega de la Letra a su nuevo Tenedor. El endoso es una forma sencilla de transmitir la Letra ya que permite sin notificación a ningún otro sujeto interviniente en la Letra y sin ningún otro requisito formal a salvo la simple firma del transmitente y la entrega de la Letra, que esta circule con facilidad. Precisamente la Letra ha venido siendo muy utilizada debido a la facilidad de su transmisión mediante el endoso. La regulación legal del endoso de la Letra se contiene en los artículos 14 a 24 de la LC.

En el endoso intervienen el Endosante o transmitente, que es el Tenedor de la Letra, el cual ocupa la posición de acreedor de la misma y por tanto legitimado para transmitirla, y el Endosatario que es la persona a quien se transmite la Letra.

El endoso debe ser total, puro y simple, por lo que toda condición que subordine el endoso se considerará no escrita. En consecuencia el endoso condicionado y el endoso parcial son nulos. Sin embargo, sí se admite legalmente el denominado endoso en blanco, que es el que no designa al endosatario o consista simplemente en la firma del endosante; y el endoso al portador que equivale a un endoso en blanco (arts. 15 y 16 LC). Frente al endoso en blanco se suele hablar de un endoso completo que es cuando sí se designan los datos del Endosatario.

En cuanto al momento de hacer el endoso debe tenerse en cuenta que el endoso puede realizarse en cualquier momento hasta que la Letra haya sido pagada, y por tanto incluso

después del vencimiento, si bien este no podrá ser realizado por el aceptante, y producirá los mismos efectos que un endoso anterior. Sin embargo, el endoso posterior al protesto o a la declaración equivalente por falta de pago (*vid.* 2.3), o al vencimiento del plazo establecido para levantar el protesto no producirá otros efectos que los de una cesión ordinaria, a la que luego brevemente nos referiremos (art. 23 LC). El endoso sin fecha se considerará hecho antes de terminar el plazo fijado para levantar el protesto, salvo prueba en contrario.

El endoso se puede prohibir por el Librador de la Letra mediante la cláusula: «no a la orden» o una expresión equivalente (*vid.* 2.6).

2.4.2. Clases y efectos del endoso

Independientemente de que en el epígrafe anterior hayamos hecho referencia a distintos tipos de endoso, en particular atendiendo a la forma en que este se hace: endoso en blanco o endoso al portador, la clasificación del endoso que aquí nos interesa atiende a sus efectos y distingue dos tipos: el endoso pleno que es aquel en que se transmite la Letra con todos los derechos contenidos en la misma, y el endoso limitado que, como a continuación veremos, tiene efectos más reducidos.

2.4.2.1. Endoso pleno

Los efectos del endoso pleno son los siguientes:

1º. Efecto traslativo o de transmisión de la propiedad de la Letra. Supone que el Tenedor, endosante de la Letra transmite su propiedad al endosatario con todos los derechos incorporados en la letra, ocupando este, a partir del endoso, la posición de acreedor de la Letra que aquel tenía (art. 17 LC).

2º. Efecto de legitimación. Mediante este, el Endosatario, como adquirente de la Letra y nuevo tenedor y acreedor de la misma, está legitimado para su cobro cuando justifique su derecho por una cadena no interrumpida de endosos, aunque el último este en blanco (art. 19 de la LC).

3º. Efecto de garantía. Este efecto supone que con la firma del Endosante se refuerza el crédito de la Letra aumentando el número de obligados cambiarios a su pago, ya que el Endosante, salvo cláusula en contrario, garantiza la aceptación y el pago frente a los Tenedores posteriores de la Letra (art. 18 LC).

2.4.2.2. El endoso limitado

Como hemos dicho, este endoso tiene efectos reducidos frente a lo que acaba de decirse del endoso pleno. Los tipos de endoso limitado dependen del contenido de la limitación; así podemos distinguir los siguientes:

1º. Endoso de apoderamiento o para cobro. En este caso el Endosante no transmite la

propiedad de la Letra al Endosatario. Se puede emplear en estos endosos las formulas de «valor al cobro», «para cobranza», «por poder» o cualquier otra fórmula equivalente que implique un simple mandato; en cuyo caso no se transmite la propiedad de la letra, sino solo la posesión de la misma a un mandatario (por ejemplo, un Banco), para que gestione su cobro (art. 21 LC). En este endoso el Endosatario no tiene posición jurídica autónoma y se le pueden oponer excepciones derivadas del contrato causal antecedente del que fue parte el endosante. No hay que confundir el endoso de apoderamiento con la adquisición del valor de la Letra a través del contrato de descuento formalizado a través de un endoso pleno, mediante el cual, el que descuenta (generalmente un Banco), asume una posición jurídica propia, y no como mandatario de su cliente.

2º. Endoso de garantía. En este supuesto de endoso, el Endosante entrega la Letra en garantía del cumplimiento de una obligación. Se manifiesta mediante la mención «valor en garantía» o «valor en prenda». Mediante este endoso, la titularidad plena de la Letra no la adquiere el Endosatario, ya que es un acreedor del Endosante con un crédito garantizado con un derecho real de prenda. En este caso el Tenedor puede ejercitar los derechos que se deriven de la misma, como presentarla al pago o a la aceptación, pero el endoso hecho por él, sólo valdrá como comisión de cobranza (art. 22 LC).

Finalmente, debe señalarse que es posible la cesión de la Letra por un procedimiento distinto del endoso, lo que se denomina cesión ordinaria de la Letra. En este caso el cedente transmitirá al cesionario todos los derechos, en los términos previstos en los artículos 347 y 348 del Código de Comercio, y el cesionario tendrá derecho a la entrega de la letra. Es importante conocer, por lo esencial del principio, que, según esos artículos, como regla general, los créditos mercantiles no endosables ni al portador, se pueden transmitir por el acreedor sin necesidad de consentimiento del deudor, bastando notificar a este la transmisión por un medio fehaciente. El deudor del crédito quedará obligado para con el nuevo acreedor en virtud de la notificación, y desde que tenga lugar no se reputará pago legítimo sino el que se hiciera a éste. Por su parte el transmitente del crédito responderá de la legitimidad del mismo y de la personalidad con que hizo la cesión; pero no de la solvencia del deudor, a no mediar pacto expreso que así lo declare.

2.5. EL AVAL DE LA LETRA

2.5.1. Concepto, sujetos y forma del aval

El aval consiste en una declaración de voluntad que hace una persona, denominada Avalista, garantizando el pago de la Letra mediante su firma en la misma. El aval es por tanto una garantía específica de cumplimiento de la obligación cambiaria que representa la Letra. La regulación legal del aval se contiene en los artículos 35 a 37 de la LC.

En el aval interviene el Avalista de la Letra, que es quien garantiza su importe y el Avalado que es la persona a quien se garantiza. Respecto del Avalista puede ser un tercero o un firmante de la letra (art. 35 LC). Respecto del Avalado debe tenerse en cuenta en el aval puede indicarse a quien se avala y, a falta de esta indicación, se entiende que el aval se ha

concedido a favor del Aceptante y, en defecto de este, a favor del Librador (art. 36 LC).

En cuanto a la forma del aval, tiene que realizarse mediante la firma del Avalista puesta en la Letra, sin que pueda prestarse el aval en documento separado. Existe en el reverso de la Letra un espacio específico previsto para el aval: «Por aval de» (vid. Parte inferior del Anexo A), si bien sería válido el que se pusiera el aval en otra parte de la Letra, de tal manera que la Ley prevé que la simple firma de una persona puesta en el anverso de la Letra de cambio vale como aval, siempre que no se trate de la firma del Librado o del Librador.

En cuanto al momento de prestar el aval, puede incluso realizarse después del vencimiento y denegación de pago de la Letra, siempre, claro está, que al otorgarse no hubiere quedado liberado ya el Avalado de su obligación cambiaria (art. 35 LC).

2.5.2. Clases y efectos del aval

Podemos distinguir el denominado aval pleno, que es cuando se garantiza por el Avalista el cumplimiento íntegro de la obligación de pago de la Letra, y el aval limitado que es cuando se limita la garantía que otorga el aval a una cantidad inferior al importe de la Letra.

En cuanto a los efectos del aval, el Avalista responde de igual forma que el Avalado del pago de la Letra. Por tanto, el Avalista responde bien directamente o en vía de regreso (vid. 2.8), según responda su Avalado. Si bien lo anterior, la obligación que asume el Avalista de pago de la letra es autónoma de la del Avalado, en tanto que, aunque responde de igual manera que el avalado, no puede oponer las excepciones personales de éste. De igual manera la posición autónoma del Avalista es consecuencia de que el aval es válido aunque la obligación garantizada fuese nula por cualquier causa que no sea la de vicio de forma (art. 37 LC).

Finalmente, debe señalarse que cuando el Avalista paga la letra de cambio adquiere los derechos derivados de ella contra la persona avalada y contra los que sean responsables cambiarios frente a él, de tal manera que, una vez pagada la Letra por el Avalista y en su poder, podría reclamarla a estos últimos (art. 37 LC).

2.6. CLÁUSULAS FACULTATIVAS DE LA LETRA DE CAMBIO

Las cláusulas facultativas son aquellas que se pueden poner en la Letra y no son alguna de las contempladas como requisitos generales de la misma (vid. 2.2.). Estas cláusulas son admitidas expresamente por la ley (art. 2 LC), y responden al principio general de permitir que los sujetos que intervienen en la Letra adapten esta a las circunstancias que quieren reflejar en la misma. La mención de las cláusulas debe hacerse en la Letra, a cuyo fin hay un espacio para ello: «cláusulas» (vid. Anexo A). A efectos descriptivos de la naturaleza y contenido de estas cláusulas destacamos, por su mayor frecuencia de uso, las siguientes:

Cláusula «no a la orden», o cualquiera otra indicación equivalente escrita en la Letra. Mediante esta cláusula (art. 14 LC), se elimina la posibilidad de endosarla, de tal manera que cuando el Librador la haya escrito en la Letra, esta no será transmisibile, sino en la forma y con los efectos de una cesión ordinaria, a lo que ya nos referimos al ver el endoso de la Letra.

Cláusula de «devolución sin gastos o sin protesto», o cualquier otra indicación equivalente escrita en la Letra. Mediante esta cláusula (art. 56 LC), se dispensa al Tenedor de la Letra de levantar el protesto por falta de aceptación o pago para poder reclamar la Letra en vía de regreso (vid. 2.8). Generalmente la pone en la Letra el Librador, en cuyo caso, produce sus efectos con relación a todos los firmantes; pero puede también ponerla un endosante o avalista, en cuyo caso solo causará efecto con relación a quien la pone. Cuando a pesar de la cláusula insertada por el Librador, el portador mande levantar el protesto, los gastos que el mismo origine serán de su cuenta. Si la cláusula procediere de un endosante o de un avalista, los gastos de protesto, en caso de que se levante, serán de cuenta de estos.

Cláusula «con protesto». Mediante esta cláusula el Librador exige expresamente en la Letra el levantamiento del protesto notarial.

Cláusula de *intereses convencionales*. Por esta cláusula, en una Letra pagadera a la vista o a un plazo desde la vista, podrá disponer el Librador que la cantidad correspondiente devengue intereses. El tipo de interés anual deberá indicarse en la letra y, a falta de esta indicación, la cláusula correspondiente se considerará como no escrita. Los intereses comenzarán a devengarse a partir de la fecha en que se libre la letra de cambio mientras no se indique otra fecha a este efecto (art. 6 LC).

2.7. EL VENCIMIENTO, LA PRESENTACIÓN Y EL PAGO VOLUNTARIO DE LA LETRA

2.7.1. El vencimiento de la Letra

El nacimiento de la obligación de pago del importe de la Letra viene dado por la fecha de vencimiento de la misma. El día del vencimiento y, por tanto, del inicio de la presentación al cobro de la Letra se concreta en el texto de la misma; a tal fin hay un apartado en el modelo oficial (vid. Anexo A).

La Ley (artículo 38 LC), permite utilizar cuatro formas para determinar la fecha de vencimiento de la Letra, que pasamos a examinar:

1ª. A fecha fija y determinada. Es la fórmula más utilizada y sencilla de determinar la fecha de vencimiento, pues consiste en indicar el día, mes y año en que la letra vence.

2ª. A la vista. En este caso, la Letra vence el día en el que su Tenedor decide presentarla al Librado (se suele utilizar la fórmula: «a la vista»). Así, es el Tenedor, acreedor de la Letra, quien decide el momento de presentación y de vencimiento (art. 39 LC). La Ley señala que, en este caso, el Tenedor de la Letra deberá presentarla para que se pague dentro del año siguiente a la fecha de libramiento, si bien el Librador puede haber acortado este plazo o fijar uno más largo en el momento de emitir la letra, y los endosantes también pueden acortarlo cuando hacen el endoso. El Librador podrá disponer también que una Letra pagadera a la vista no se presente al pago antes de una determinada fecha. En este caso, el plazo para la presentación se contará desde dicha fecha.

3ª. A un plazo contado desde la fecha. Cuando el plazo de vencimiento es desde la fecha, el vencimiento de la letra se produce el día en que se cumplen los días o meses señalados en la Letra (ej. «a 30 días fecha»). El día inicial del cómputo del plazo es el siguiente a la fecha del libramiento de la Letra: si el plazo se indica en días, empieza a computarse desde el día siguiente a la fecha del libramiento de la Letra; si el plazo es en meses se computan los meses de fecha a fecha, y caso en que no existiera día equivalente al inicial del cómputo, vencería el último del mes (art. 41 LC). Si el día de vencimiento fuera inhábil, vencerá el siguiente día hábil.

4ª. A un plazo contado desde la vista. El vencimiento se produce el día en que se cumplen los días o meses señalados en la Letra (ej. «a 30 días vista»). En este caso, a diferencia del anterior, el día inicial del cómputo del plazo es el siguiente a la fecha de la aceptación de la Letra por el Librado (vista de la letra). Caso en que no aparezca la fecha en el lugar de la aceptación, el cómputo del plazo será desde el siguiente a la fecha del protesto o declaración equivalente por falta de aceptación (art. 40 LC). A falta de protesto o declaración equivalente, toda aceptación que no lleve fecha se considerará, que ha sido puesta el último día del plazo señalado para su presentación a la aceptación; en cuanto al plazo para la presentación a la aceptación, el art. 27 LC señala que: «Las letras de cambio a un plazo desde la vista deberán presentarse a la aceptación en el término de un año a partir de su fecha. El Librador podrá acortar este último plazo o fijar uno más largo. Estos plazos podrán ser acortados por los endosantes».

2.7.2. La presentación al pago

La Letra es un título que requiere para su pago que se presente y ofrezca su entrega como justificante o recibo del importe de la misma, de ahí que la Ley exija determinadas formalidades para su presentación al pago una vez que ha vencido. Examinamos en este epígrafe el momento, el lugar y la forma de presentación al pago de la Letra, así como las consecuencias de su no presentación en los plazos y forma debidos.

Momento de la presentación. El tenedor de una letra de cambio pagadera en día fijo o a un plazo a contar desde la fecha o desde la vista, deberá presentarla al pago en el día de su vencimiento, o en uno de los dos días hábiles siguientes (art. 43 LC). A falta de presentación al pago de la letra de cambio en el plazo citado, todo deudor tendrá la facultad de consignar su importe en depósito a disposición del tenedor judicialmente o en una Entidad de crédito o Notario (art. 48 LC).

Lugar de la presentación. El lugar de presentación al pago de la Letra será el que señale la misma. Ahora bien, si no se dice nada en la Letra, se entiende como lugar de pago el que aparezca designado junto al nombre del Librado. En la práctica lo más frecuente es domiciliar el pago de la Letra fuera del domicilio del Librado, concretamente en una cuenta bancaria de este, donde la Letra pueda ser pagada independientemente de quien sea el tenedor que la presente al cobro una vez venza. De esta forma se facilita el pago de la Letra en el lugar de la Entidad de crédito domiciliataria. Lugar de presentación al cobro y lugar de pago son, pues, eoincidentes.

Forma de la presentación. La presentación debe hacerse por el Tenedor de la Letra o portador

legitimado mediante la exhibición de la Letra misma. Cuando se trate de Letras domiciliadas en una cuenta abierta en una Entidad de crédito, su presentación a una cámara o sistema de compensación equivaldrá a su presentación al pago. Cuando la Letra se encuentre en poder de una Entidad de crédito, la presentación al pago podrá realizarse mediante el envío al librado con anterioridad suficiente al día del vencimiento, de un aviso conteniendo todos los datos necesarios para la identificación de la letra, a fin de que pueda indicar sus instrucciones para el pago (art. 43 LC).

La consecuencia más grave de la no presentación al pago de la Letra debidamente, es que el Tenedor, aun manteniendo la posibilidad de ejercer la acción cambiaria directa contra el aceptante, pierde la posibilidad de ejercer las acciones cambiarias contra los obligados en vía de regreso (*vid.* 2.8) (arts. 49 y 63 LC).

2.7.3. El pago voluntario de la Letra. Forma y efectos del pago

El supuesto normal es que el aceptante pague la Letra cuando se presente para su pago debidamente y llegada la fecha de vencimiento. El pago voluntario debe hacerse en la moneda indicada en la letra que, de no ser euros, debe ser convertible y admitida a cotización oficial en euros, en los términos establecidos en la Ley (art. 47 LC). En el momento de pago de la Letra se puede exigir la entrega de la misma (art. 45 LC).

En cuanto a los efectos del pago de la Letra son distintos dependiendo de quién sea el obligado que lo realiza; así, si quien paga es el Librado se extinguen las obligaciones de todos los firmantes de la letra, si paga un Endosante se extinguen las obligaciones de todos los endosantes posteriores, pero no las de los endosantes anteriores, ni la del Librador, ni la del Librado aceptante, contra quienes puede el que haya pagado reclamar el pago; si paga el Librador se extinguen todas las obligaciones menos la del librado aceptante, de quien aquel podrá exigir el pago. Finalmente, si el pago lo realiza un Avalista, se extinguen todas las obligaciones que hubieran quedado extinguidas si el pago lo hubiera realizado su Avalado, y aquel podrá reclamar el pago a éste y a sus deudores cambiarios.

En cuanto al pago de un importe parcial de la Letra es posible hacerlo sin que el Tenedor pueda rechazarlo y se podrá exigir que el pago parcial se haga constar en la Letra y se dé recibo del mismo (art. 45 LC).

2.8. EL IMPAGO DE LA LETRA

Examinamos en este epígrafe el supuesto patológico consistente en que la Letra no se pague por el Librado aceptante llegada la fecha de su vencimiento.

2.8.1. Consecuencias de la falta de pago voluntario

Vencida la Letra y presentada debidamente al cobro, caso en que no sea pagada voluntariamente por el aceptante, el Tenedor de la misma, como acreedor de su importe,

puede reclamarla a través del ejercicio de alguna de las acciones judiciales que contempla la Ley.

La reclamación de la Letra impagada puede realizarse por el Tenedor, como acreedor de la misma, frente a todas las personas que la hayan librado, aceptado, endosado o avalado ya que su responsabilidad es solidaria frente a aquel (art. 57 LC). En otras palabras, esto supone un especial reforzamiento en la garantía de pago de la Letra. Este mismo derecho corresponderá a cualquier firmante de una Letra que la haya pagado por lo que podrá dirigirse a los demás sujetos que estén obligados frente a él, en los términos ya examinados (vid. 2.7.3). Igualmente debe señalarse que la reclamación intentada contra cualquiera de las personas obligadas no impedirá que se proceda contra las demás responsables. En cuanto al los conceptos e importes que el Tenedor puede reclamar, una vez que la Letra resulta impagada, la Ley (artículo 58 LC), permite reclamar a la persona a quien se demande, las siguientes cantidades:

1. El importe de la letra de cambio no aceptada o no pagada, con los intereses que en ella puedan haberse indicado.

2. Los réditos de la cantidad anterior devengados desde la fecha de vencimiento de la letra, calculados al tipo de interés legal del dinero incrementado en dos puntos. Debe recordarse que el tipo aplicable como interés legal del dinero, lo fija anualmente la Ley de Presupuestos generales del Estado. Para los años 2010, 2011 y 2012 está fijado en el 4% anual. El tipo de interés legal del dinero es el que se aplica, como regla general, en concepto de indemnización por daños y perjuicios en los casos de demora en el cumplimiento de pago de una obligación dineraria (art. 1108 Código Civil).

Por su parte, el firmante de la Letra que pague su importe al Tenedor, puede, a su vez, reclamar de las personas que sean responsables frente a él (v. gr. el avalista que paga, a su avalado). En este caso, la Ley (artículo 59 LC), permite reclamar:

1. La cantidad íntegra que haya pagado.

2. Los intereses de dicha cantidad, calculados al interés legal del dinero, aumentando en dos puntos, a partir de la fecha de pago.

3. Los gastos que haya realizado.

-

2.8.2. Constatación del impago

La LC establece que para el caso en que la Letra no se pague a la fecha de su vencimiento, se pueda constatar fehacientemente que la misma se ha presentado al cobro y no ha sido pagada. Igualmente ocurre cuando hay una falta de aceptación de la Letra por el Librado, una vez que no firma la aceptación.

La Ley prevé un procedimiento que permite constatar tanto la falta de aceptación como la falta de pago de la Letra que se llama protesto (art. 51 a 53 LC), que consiste en un acta que levanta un notario en la que se reproduce la Letra y en la que se indica que se le ha presentado la Letra y que no ha sido aceptada o pagada a la fecha de su vencimiento. El protesto por falta de pago debe hacerse dentro de los ocho días hábiles siguientes a la fecha de vencimiento, y si

es por falta de aceptación dentro de los plazos fijados para la aceptación o de los ocho días hábiles siguientes. El acta la notifica al librado y le da un plazo hasta el segundo día hábil siguiente a la notificación para que comparezca en su despacho y pueda hacer las manifestaciones que considere oportunas referidas al impago.

—————ativamente al protesto notarial y con las mismas consecuencias que él, la Ley (art. LC), permite constatar la presentación al pago y la falta de este mediante dos procedimientos alternativos que pueden sustituir al protesto. Uno es la llamada declaración cambiaria, que consiste en una declaración que conste en la propia Letra, firmada y fechada por el librado en la que se deniegue la aceptación o el pago. El otro procedimiento es la declaración, con los mismos requisitos, del Domiciliatario o, en su caso, de la Cámara de Compensación bancaria, en la que se deniegue el pago, que se hace mediante un sello puesto en la Letra haciendo constar que esta no se ha pagado. Estos procedimientos son válidos salvo que el librador haya exigido expresamente en la Letra el levantamiento del protesto notarial en el espacio reservado a las cláusulas facultativas. En todo caso la declaración del librado, del Domiciliatario o de la Cámara de Compensación deberá ser hecha dentro de los plazos establecidos para el protesto notarial.

El Tenedor deberá comunicar la falta de aceptación o de pago a su Endosante y al Librador dentro del plazo de ocho días hábiles (artículo 55 LC). Este plazo se computará de la forma siguiente: 1. En el caso de protesto notarial, desde la fecha del mismo. 2. En el caso de la declaración sustitutiva del protesto, desde la fecha que en ella conste. 3. En el caso de la cláusula de devolución *sin gastos* desde la fecha de la presentación de la Letra. Dentro de los dos días hábiles siguientes a la fecha en que el Endosante haya recibido la comunicación, deberá a su vez comunicarlo a su Endosante, indicándole los nombres y direcciones de aquellos que hubieren dado las comunicaciones precedentes. La misma obligación corresponderá a todos los Endosantes hasta llegar al Librador. Los plazos mencionados correrán desde el momento en que se reciba la comunicación precedente.

De estar avalada la Letra, todas las comunicaciones indicadas que se realicen a un firmante de la misma, deberán también hacerse en el mismo plazo, a los avalistas.

El que tuviere que efectuar una comunicación podrá hacerlo en cualquier forma, incluso por la simple devolución de la Letra, pero deberá probar que ha dado la comunicación dentro del término señalado. La falta de comunicación por alguno, en el plazo legal, puede suponer la exigencia de responsabilidad por el perjuicio causado.

2.8.3. La reclamación judicial de la Letra

Ya vimos al analizar las consecuencias de la falta de pago voluntario de la Letra (*vid.* 2.8.1), los conceptos e importes que puede reclamar el acreedor de la misma. Veremos a continuación frente a quien y como se puede reclamar la Letra si no se paga voluntariamente. Llegada la fecha de su vencimiento:

Ante todo debe señalarse que la obligación en la que toma causa la emisión de la Letra permite que esta sirva como un documento mercantil que, junto con cualquier otro documento o aportación probatoria, sustente una acción judicial o demanda denominada declarativa a

través de un juicio ordinario que se puede iniciar por el Tenedor de la Letra contra los incumplidores de la obligación por la que cobró vida la misma. Ahora bien, sin entrar en los pormenores procesales de este tipo de reclamación, puede decirse que a través de esta demanda declarativa, la Letra no tiene un valor o fuerza especial que permita exigir por el acreedor al deudor el importe de la Letra de manera sumaria y ejecutiva.

—*La acción cambiaria.* Junto a la demanda declarativa referida, existe un procedimiento o acción judicial que confiere a la Letra un valor especial, al cual ya nos hemos referido en epígrafes anteriores, que se denomina acción o juicio cambiario, y que está regulada en los artículos 49 a 68 LC, y en la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: artículos 819 a 827). La acción cambiaria, es un procedimiento judicial especial por ser sumario y privilegiado en su tramitación, que se caracteriza en líneas generales por iniciarse mediante la presentación por el Tenedor de una Letra de cambio, Cheque o Pagaré ante el Juez que corresponda al domicilio del deudor del título a quien se reclame. En este procedimiento judicial, una vez que el Juez comprueba la corrección formal de la Letra, adopta de inmediato y sin más trámites una resolución en la que ordena requerir al deudor cambiario para que pague en el plazo de 10 días y, simultáneamente y sin esperar a que el demandado conteste a la demanda, acuerda el embargo preventivo de los bienes y derechos del deudor cambiario por la cantidad que figure en el título ejecutivo, más otra para intereses de demora, gastos y costas, por si no se atendiera el requerimiento de pago.

El ejercicio de esta acción cambiaria puede ser directa contra el aceptante o sus avalistas, o de regreso contra cualquier otro obligado (art. 49 LC).

En el caso de la acción cambiaria directa por el Tenedor de la Letra contra el aceptante y sus posibles avalistas, debe tenerse en cuenta que no es necesario levantar el protesto.

Sin embargo en el caso en que el Tenedor de la Letra se dirija contra los endosantes, el Librador o los demás deudores cambiarios, en el ejercicio de la acción de regreso, debe tenerse en cuenta que tiene que haber cumplido determinadas obligaciones, de tal manera que, según el artículo 63 LC, el Tenedor perderá sus acciones cambiarias en los casos siguientes:

- a) Cuando no hubiere presentado dentro del plazo la letra girada a la vista o a un plazo desde la vista.
- b) Cuando, siendo necesario, no se hubiere levantado el protesto o hecho la declaración equivalente por falta de aceptación o de pago.
- e) Cuando no hubiere presentado la letra al pago dentro del plazo, en caso de haberse estipulado la devolución *sin gastos*.

Si la letra no hubiere sido presentada a la aceptación en el plazo señalado por el Librador, el Tenedor perderá también las acciones de regreso que le correspondiesen, tanto por falta de pago como por falta de aceptación, a no ser que de los términos de la misma resulte que el Librador sólo excluyó su garantía por falta de aceptación.

—*Oposición a la demanda cambiaria.* Debe también señalarse que, sin perjuicio de que el procedimiento cambiario es un procedimiento de ejecución contra el patrimonio del deudor de la Letra, que permite, como hemos señalado, el embargo inmediato de sus bienes, este puede oponerse al mismo, según dispone el artículo 67 LC y 824 de la citada Ley de Enjuiciamiento

Civil. En cuanto a las causas de oposición, el deudor cambiario, una vez demandado, podrá oponer al Tenedor de la Letra las excepciones basadas en sus relaciones personales con él. También podrá oponer aquellas excepciones personales que tenga frente a los Tenedores anteriores si al adquirir la Letra el Tenedor procedió a sabiendas en perjuicio del deudor. Además, el demandado cambiario podrá oponer las excepciones siguientes:

1. La inexistencia o falta de validez de su propia declaración cambiaria, incluida la falsedad de la firma.
2. La falta de legitimación del Tenedor o de las formalidades necesarias de la Letra, conforme a lo dispuesto en la Ley.
3. La extinción del crédito cambiario cuyo cumplimiento se exige al demandado.

Al margen de las excepciones indicadas no serán admisibles al deudor cambiario demandado ninguna otra excepción frente a la demanda iniciada contra él.

—*Prescripción de la acción cambiaria.* En cuanto al plazo que tiene el Tenedor de la Letra para reclamarla, mediante el ejercicio de una acción cambiaria, debe tenerse en cuenta que hay plazos legales para el ejercicio de las acciones procesales ante los Tribunales, de tal manera que si transcurren esos plazos sin que se haya demandado se pierde la posibilidad de hacerlo. El plazo general de prescripción de las acciones para reclamar por deudas personales que nacen de los contratos es de 15 años (art. 1964 Código Civil), a salvo que haya una disposición concreta que establezca otro plazo, como así ocurre en distintos supuestos. Como regla general el computo del plazo para reclamar se inicia desde que la acción pudo ejercitarse, pudiendo interrumpirse por demanda ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor o por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor (art. 1973 Código Civil). Dicho lo anterior y para el ejercicio de la acción cambiaria deben tenerse en cuenta los siguientes plazos de prescripción (art. 88 LC):

—Las acciones cambiarias contra el Aceptante prescriben a los tres años, contados desde la fecha del vencimiento.

—Las acciones del Tenedor contra los Endosantes y contra el Librador prescribirán al año, contado desde la fecha del protesto o declaración equivalente, realizados en tiempo hábil, o de la fecha del vencimiento en las letras con cláusulas *sin gastos*.

—Las acciones de unos Endosantes contra los otros y contra el Librador prescribirán a los seis meses a partir de la fecha en que el Endosante hubiere pagado la letra, o de la fecha en que se le hubiere dado traslado de la demanda interpuesta contra él.

En consecuencia y de no ejercitarse la acción en esos plazos se perderá la posibilidad de reclamar mediante la acción cambiaria.

Finalmente, la posible interrupción de la prescripción en el caso de las acciones cambiarias, sólo surtirá efecto contra aquél respecto del cual se haya efectuado el acto que la interrumpa (art. 89 LC).

3. EL CHEQUE

3.1. CONCEPTO Y FUNCIÓN ECONÓMICA DEL CHEQUE

El Cheque es un Título valor que emite una persona llamada Librador, quien ordena la realización de un pago determinado en dinero a cargo de otra persona, llamada Librado, que es una Entidad de crédito, y a favor de la persona que sea tenedora legítima del Cheque.

La regulación legal del Cheque en España se contiene en la misma Ley 19/1985 de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque (art. 106 a 167 LC); estando basada esa regulación según el esquema y contenido de la Letra de Cambio, si bien con determinadas especialidades que atienden a que es un Título valor que tiene una función distinta de aquella. En efecto, la función económica del cheque es más limitada que la de la Letra de cambio y el Pagaré, lo que se deriva de ser un instrumento para pagos en efectivo, por lo que no es apto para cumplir la función de realizar pagos aplazados u obtención de crédito. Sin embargo la extensión de su uso sigue siendo amplia, aunque también se ha visto afectada por el uso extensivo de las transferencias bancarias como medio de pago en las transacciones mercantiles y de las tarjetas de crédito en operaciones de consumo.

3.2. REQUISITOS FORMALES DE VALIDEZ Y SUJETOS DEL CHEQUE

El Cheque es un documento formal que debe contener una serie de menciones esenciales y obligatorias para que pueda ser válido como tal y cuya falta puede suponer la nulidad del título mismo. Así se indica expresamente en la Ley cambiaria (artículo 106 LC), cuando enumera tales requisitos, que son:

- 1º. La denominación de Cheque inserta en el texto mismo del título expresado en el idioma empleado para la redacción de dicho título.
- 2º. El mandato puro y simple de pagar una suma determinada en euros o moneda determinada con cotización oficial en euros.
- 3º. El nombre del que debe pagar, denominado Librado, que necesariamente ha de ser una Entidad de crédito.
- 4º. El lugar de pago.
- 5º. La fecha y el lugar de la emisión del Cheque.
- 6º. La firma del que expide el Cheque, denominado Librador.

Si bien lo anterior, la propia Ley determina (artículo 107 LC), algunas excepciones a la regla general de exigencia formal y obligada de los mencionados requisitos, de tal manera que, después de señalar que el documento que carezca de alguno de esos requisitos no se considerara Cheque, exceptúa de esta declaración los siguientes supuestos:

- a) A falta de indicación especial, el lugar designado junto al nombre del Librado se reputará

lugar de pago. Cuando estén designados varios lugares, el Cheque será pagadero en el primer lugar mencionado.

b) A falta de estas indicaciones o de cualquier otra, el Cheque deberá pagarse en el lugar en el que ha sido emitido, y si en él no tiene el Librado ningún establecimiento, en el lugar donde este tenga su establecimiento principal.

e) El Cheque sin indicación del lugar de su emisión se considerará suscrito en el que aparezca al lado del nombre del Librador.

En cuanto a los sujetos que interviene en el Cheque, son los siguientes:

Librador. Es la persona que lo firma, emite, y da la orden al Librado (Entidad de crédito, generalmente un Banco), para que lo pague. Debe tener hecha provisión de fondos en la cuenta bancaria abierta en el Librado, para poder atender el Cheque.

Librado. Es el Banco, quien recibe del Librador la orden de pago, y responde del pago del Cheque siempre que tenga provisión de fondos para ello realizada por el Librador; respondiendo también el Librado, como regla general, del pago de un Cheque falso, a no ser que haya culpa del Librador (art. 156 LC)

Tenedor. Es el acreedor del Cheque.

Asimismo en el Cheque, al igual que en la Letra, puede haber un Endosante y un Endosatario; en tanto que es posible, aunque no frecuente por la propia naturaleza del Cheque, que este se endose. Finalmente el cheque puede garantizarse mediante aval, en cuyo caso podemos encontrar un Avalista y un Avalado.

Debe señalarse que en el plano formal hay un formato normalizado del Cheque de cuenta corriente (Anexo B de este Tema 8), que fue implantado por las Entidades de crédito, a través de sus respectivas asociaciones: Asociación Española de Banca (AEB), Confederación Española de Cajas de Ahorros (CECA) y Unión Nacional de Cooperativas de Crédito (UNACC). Mediante este formato normalizado, se facilita el tratamiento informático de los cheques, por lo que a él se ajustan todos los cheques contenidos en los talonarios que emiten las Entidades de crédito para entrega a sus clientes.

3.3. CLASES DE CHEQUES

Podemos hacer una clasificación de los cheques atendiendo al sujeto a favor de quien se emiten, pudiendo así distinguirse entre cheques al portador y nominativos; en los primeros se indica en el lugar correspondiente del anverso del Cheque que se paga: «al portador», y en los segundos aparece identificado el nombre de la persona tomadora del Cheque. A ambos nos referimos al hablar del endoso del Cheque, en tanto esta clasificación tiene que ver, en particular, con la forma de transmisión del mismo.

Además de la clasificación anterior, podemos distinguir distintos tipos de cheques atendiendo a determinadas circunstancias que se reflejan en ellos, entre los que pueden destacarse los que a continuación se indican.

—*Cheque cruzado*. Un Cheque está cruzado cuando en su anverso presenta dos líneas paralelas que cruzan el Cheque en sentido transversal. El motivo más habitual de cruzar un Cheque es para exigir que este se cobre a través de una Entidad de Crédito, ya que el Banco Librado no puede pagar el mismo más que a un Banco o a un cliente de aquel. De esta forma se consigue identificar plenamente a la persona que cobra el Cheque, ya que la legitimación para cobrarlo se limita a los Bancos o al cliente del Banco Librado (arts. 143 y 144 LC).

Existen dos tipos de cheques cruzados:

a) General. Es el que presenta en el anverso dos barras sin especificar ninguna Entidad de Crédito, o sencillamente con la expresión: «Banco», «Compañía», o similar.

b) Especial. Es el que entre las barras aparece el nombre de una Entidad de Crédito determinada, en cuyo caso el Banco Librado solo podrá pagar el Cheque al Banco específicamente designado o, si este es el mismo Librado, a un cliente suyo.

—*Cheque para abonar en cuenta*. En este Cheque se pone en el anverso y mediante una leyenda transversal la siguiente mención: «para abonar en cuenta». De este modo sea quien sea el Tenedor del Cheque y su relación con la Entidad librada deberá cobrarlo mediante apunte en una cuenta bancaria (art. 145 LC).

—*Cheque conformado*. Un cheque conformado es aquel en el que en el momento de su emisión la Entidad de crédito librada certifica que existen fondos suficientes en la cuenta del Librador para atenderlo. La Entidad de crédito, en el momento de conformar el cheque establecerá un cargo en la cuenta del Librador, de igual importe al valor del cheque, retención que se aplicará al pago del mismo. Hay que tener presente que, salvo que se especifique lo contrario, el plazo de conformidad prescribe en el momento en que termine el plazo de presentación al cobro. En el anverso del Cheque se incluirá un sello con la mención «conformado» mientras que en el reverso la entidad que presta la conformidad estampará un sello con indicación de las características de la conformidad.

—*Cheque bancario*. Este cheque está emitido por la propia Entidad de crédito que asume el papel de Librador y Librado del Cheque, respondiendo de su pago. Habitualmente estos cheques se emiten para su entrega una persona determinada y se utilizan como instrumento de garantía de un pago.

—Finalmente, debemos también señalar que se habla de *Cheque posdatado*, en los casos en que se entrega un Cheque por el Librador poniendo una fecha posterior a la de su emisión real. Este tipo de cheques no está admitido en la Ley Cambiaria, donde se dice que el Cheque es un documento pagadero a la vista, y que cualquier mención contraria se reputa no escrita (art. 134. LC); por tanto, en el mismo momento que el Cheque se libra y entrega se puede exigir su pago aunque la fecha que aparezca en él sea posterior, sin perjuicio de que el Librador y el Tomador del cheque admitan extracambiariamente que no se presente al pago hasta la fecha que se indique en el mismo.

3.4. EL ENDOSO Y EL AVAL DEL CHEQUE

—*El endoso del Cheque*. Aunque es posible el endoso del Cheque, no es frecuente, en tanto

que es un título que tiene un vencimiento inmediato tras su emisión y entrega. En el caso de los cheques al portador se transmiten mediante la simple entrega, sin que sea necesario hacer el endoso. Si el Cheque es nominativo y se incluye en él la cláusula «no al orden» no puede ser transmitido. De otra forma, el cheque nominativo puede ser endosado.

El endoso debe ir en el reverso del Cheque y será firmado por el Endosante, procediendo la entrega del Cheque al Endosatario, quien pasará a ser su nuevo Tenedor.

El endoso tiene que ser total puro y simple y toda condición que se ponga en él se tendrá por no puesta (art. 121 LC), siendo posible el endoso en blanco al igual que en la Letra (vid. 2.4).

Por el endoso se transmiten todos los derechos resultantes del Cheque y el Endosante, salvo cláusula en contrario, garantiza el pago del mismo frente a los tenedores posteriores del Cheque, pudiendo también prohibir endosos posteriores (arts. 123 y 124 LC).

Cuando siendo nominativo el Cheque no sea posible endosarlo por contener la cláusula «no a la orden», será en todo caso posible la cesión ordinaria del mismo.

—*El aval del Cheque.* El Cheque puede ser avalado, bien por todo o parte de su importe. El aval lo puede prestar una tercera persona, no siendo posible que lo preste el Librado (art. 131 LC).

El aval se formaliza en el reverso del Cheque mediante la firma del avalista, poniendo generalmente la indicación «por aval» o fórmula equivalente, y la persona del avalado, y si no se indicase nada se entenderá que el aval es a favor del Librador (art. 132 LC).

3.5. LA PRESENTACIÓN Y EL PAGO DEL CHEQUE. CONSECUENCIAS DE SU IMPAGO Y RECLAMACIÓN JUDICIAL

La Ley cambiaria determina que el Cheque es un título pagadero a la vista (artículo 134 LC), lo que significa que, como ya adelantamos al hablar de las clases de cheques, y a diferencia de la Letra y el Pagaré, tan pronto se presenta al cobro debe pagarse o, dicho de otra forma, equivale a que nace ya vencido, por lo que tiene una vida corta, de ahí que sea un Título valor que sirve para realizar pagos al contado.

El Cheque emitido y pagadero en España deberá ser presentado a su pago en un plazo de quince días. Por su parte el cheque emitido en el extranjero y pagadero en España deberá presentarse en un plazo de veinte días si fue emitido en Europa y sesenta días si lo fue fuera de Europa. Estos plazos se computan a partir del día que consta en el Cheque como fecha de emisión, no excluyéndose los días inhábiles, pero si el día del vencimiento lo fuere, se entenderá que el Cheque vence el primer día hábil siguiente (art. 135 LC.)

El lugar de presentación al pago es el del Banco Librado que aparece consignado en el Cheque y con cargo a la cuenta bancaria del Librador que se indica en el mismo. En el momento de efectuarse el pago el Banco Librado adeudará en la cuenta del Librador el importe del Cheque.

El Cheque puede ser pagado por el Librado incluso si se presenta al pago después de esos

plazos, siempre que no se haya dado una orden de revocación de pago del Cheque por el Librador al Librado, en cuyo caso esa orden no produce efectos hasta después de que expire el plazo de presentación al pago. Independientemente de lo anterior, en caso de pérdida o privación ilegal del Cheque, el Librador podrá oponerse a su pago (art. 138 LC).

La presentación al pago debe hacerse por el Tenedor o portador legitimado mediante la entrega del Cheque. Cuando se trate de cheques que se ingresan en una cuenta bancaria para su pago por el Librado, su presentación a una cámara o sistema de compensación equivaldrá a su presentación al pago (art. 137 LC).

En cuanto a las consecuencias del impago, debe señalarse que el régimen de responsabilidad es igual que en la Letra, de tal manera que los que hubieren librado, endosado o avalado un cheque, responden solidariamente frente al Tenedor (art. 148 LC).

Supuesto de impago del Cheque, es posible el ejercicio por el Tenedor de las acciones declarativa y cambiaria que vimos para la Letra de cambio, siendo de aplicación las normas sobre el ejercicio de las acciones derivadas de esta última (art. 153 LC). En consecuencia, la acción cambiaria podrá ser iniciada por el Tenedor, tanto en vía directa contra el Librador del Cheque o sus avalistas, como en vía de regreso contra los endosantes. Al igual que en la

Letra, la vía cambiaria de regreso exige el protesto o declaración equivalente que deberán hacerse antes de la expiración del plazo de presentación del Cheque, pero si la presentación se efectúa en los últimos ocho días del plazo, el protesto o declaración equivalente puede hacerse en los ocho días hábiles siguientes a la presentación (art. 147 LC)

El Tenedor del Cheque impagado puede reclamar de aquél contra quien se ejercita su acción los siguientes conceptos (art. 149 LC):

1. El importe del Cheque no pagado.
2. Los réditos de dicha cantidad, devengados desde el día de la presentación del Cheque y calculados al tipo de interés legal del dinero aumentado en dos puntos.
3. Los gastos, incluidos los del protesto y las comunicaciones.
4. El 10% del importe no cubierto del Cheque y la indemnización de los daños y perjuicios cuando se ejercite la acción contra el Librador que hubiera emitido el Cheque sin tener provisión de fondos en poder del Librado.

Por su parte el que hubiese reembolsado el Cheque podrá reclamar de las personas que sean responsables frente a él (art. 150 LC):

1. La cantidad íntegra que haya pagado.
2. Los réditos de dicha cantidad, devengados desde la fecha de reembolso, al tipo de interés legal del dinero aumentado en dos puntos.
3. Los gastos que haya realizado.

Finalmente debe señalarse que el plazo para ejercitar las acciones cambiarias en el Cheque es inferior al de la Letra, pues si en esta es de tres años para reclamar al aceptante, en el Cheque el plazo es de seis meses, tanto para que el Tenedor reclame contra los endosantes, el Librador

y los demás obligados (en cuyo caso se cuenta el plazo desde la expiración del plazo de presentación), como para reclamar por el que haya hecho el reembolso frente a los diversos obligados al pago (contándose en este último caso el inicio del plazo desde el día en que el obligado ha reembolsado el Cheque o desde el día en que se ha ejercitado una acción contra él) (art. 157 LC).

4. EL PAGARÉ

4.1. CONCEPTO Y FUNCIÓN ECONÓMICA DEL PAGARÉ

El pagaré es un título valor que emite una persona, llamada firmante, por el que se compromete a la realización de un pago determinado en dinero, a favor de la persona que sea tenedora legítima del Pagaré, en la fecha de vencimiento indicado en el mismo.

La regulación legal del Pagaré en España se contiene, al igual que para la Letra de cambio y el Cheque, en la Ley 19/1985 de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque (art. 94 a 97 LC).

Las funciones económicas que vimos al examinar la Letra de cambio (*vid.* 2.1), se cumplen sustancialmente también en el Pagaré. Así, el Pagaré es ante todo un instrumento de pago aplazado, pero también puede ser un instrumento de obtención de crédito, al estar previsto para realizar pagos aplazados, pudiendo igualmente ser descontado, e incluso servir como instrumento de garantía. En esta referencia a la función económica del Pagaré no está de más señalar que determinado tipo de pagarés, conocidos como también como Pagarés de Empresa, a los que luego nos referiremos, son productos financieros cuya función exclusiva es la obtención de recursos para las empresas.

4.2. REQUISITOS DE VALIDEZ Y SUJETOS DEL PAGARÉ

El Pagaré es, al igual que la Letra y el Cheque, un documento formal que debe contener las siguientes menciones obligatorias para que pueda ser válido (art. 94 LC):

- 1º. La denominación de Pagaré inserta en el texto mismo del título y expresada en el idioma empleado para la redacción de dicho título.
- 2º. La promesa pura y simple de pagar una cantidad determinada en euros o moneda con cotización oficial en euros.
- 3º. La indicación del vencimiento.
- 4º. El lugar en que el pago haya de efectuarse.
- 5º. El nombre de la persona a quien haya de hacerse el pago o a cuya orden se haya de efectuar.
- 6º. La fecha y el lugar en que se firme el Pagaré.

7º. La firma del que emite el título, denominado Firmante.

Al igual que ocurre con la Letra y el Cheque, la propia Ley determina (artículo 95 LC), algunas excepciones a la regla general de exigencia formal y obligada de los mencionados requisitos, de tal manera que el Pagaré que no tenga fecha de vencimiento se considerará pagadero a la vista, el que carezca de lugar de pago se pagará en el lugar de emisión y, a falta de lugar de emisión, se considerará firmado en el que figure junto al nombre del Firmante.

En cuanto a los sujetos del Pagaré, podemos decir que hay un Firmante, quien asume la función propia de emitirlo y se compromete a pagarlo, siendo la Entidad de crédito simplemente el domiciliatario del pago. En cuanto al Tomador, es, como en la Letra, el acreedor del Pagaré pudiendo endosarlo, salvo la cláusula no a la orden, en cuyo caso surge la figura del Endosante y el Endosatario. Igualmente es posible que el pago del Pagaré se garantice mediante aval, respondiendo el Avalista como en la Letra.

4.3. CLASES DE PAGARÉS

A los efectos de nuestro estudio y desde un punto de vista mercantil podemos distinguir tres tipos de pagarés:

1º. Pagaré de cuenta corriente. Es el instrumento más utilizado como Pagaré cambiario. Como se deduce del modelo normalizado de este que aparece como Anexo C de este Tema 8, su formato es muy similar al del Cheque y, de hecho, se gestiona, como regla general, en los mismos circuitos interbancarios que éstos.

2º. Alternativamente al Pagaré de cuenta corriente y utilizado con la misma función que este, las empresas pueden emitir pagarés que cumpliendo los requisitos de la Ley cambiaria tengan similar naturaleza, pero no se ajusten al modelo normalizado de los Bancos. Estos pagarés, denominados en ocasiones, de manera impropia, pagarés de giro, pueden ser admitidos por los Bancos como efectos mercantiles pero no pueden cumplir la función de gestionarse automáticamente en los circuitos interbancarios como los pagares de cuenta corriente, al no adaptarse al modelo normalizado de estos.

3º. Pagaré de Empresa. Son emitidos por las empresas para obtener financiación y colocados entre los inversores, por intermediarios financieros. La rentabilidad que ofrecen las empresas a cambio de su adquisición suele consistir en la diferencia entre el precio de reembolso: nominal del Pagaré, y el de su adquisición: efectivo del Pagaré.

4.4. RÉGIMEN JURÍDICO DE FUNCIONAMIENTO DEL PAGARÉ

Debe tenerse en todo caso presente que por la propia naturaleza del Pagaré, que es una simple promesa de pago (frente a la Letra que es una orden de pago), el Firmante del Pagaré es quien se compromete a pagarlo de manera directa, por lo que queda obligado de igual manera que el aceptante de una Letra (art. 97 LC).

El funcionamiento del Pagaré es muy similar al de la Letra de cambio, de tal manera que la

propia Ley cambiaria remite expresamente en su esquema de funcionamiento al de la Letra en las materias de mayor interés que son objeto de este Tema, tales como, el vencimiento, el pago, el endoso, el aval, o las acciones judiciales en el supuesto de impago (art. 96 LC). Sin embargo no es de aplicación al Pagaré la regulación de la Letra en aquello que funcionalmente y atendiendo a la naturaleza de aquel no sea posible, como por ejemplo lo concerniente a la aceptación o a la figura del Librado.

CASO PRÁCTICO

format:sangrado:izq

1º. Instrumentar sobre una fotocopia del modelo oficial de Letra de cambio, el pago de la compraventa mercantil que realiza el empresario «A» (vendedor) al empresario «B» (comprador), siendo el precio de la compraventa de 50.000 euros. El vencimiento de la Letra es a 60 días desde la fecha de libramiento. La Letra se domicilia en el Banco «Y» en la que el Librado tiene cuenta, y tanto el Librador como el Librado que la acepta tienen su domicilio en Madrid. El Librador dispensa en la Letra al Tenedor de la misma de levantar el protesto. La Letra es avalada por «Z» Sociedad Limitada, a través de un apoderado.

format:sangrado:izq

2º. Como consecuencia del servicio de consultoría prestado por «C» al empresario «D», y para pago del precio de ese servicio, este último libra y entrega a «C» un Cheque nominativo a favor de este por importe de 20.000 euros. El Cheque es ingresado por «C» en su cuenta abierta en el Banco «Y». El Cheque resulta devuelto por falta de fondos en la cuenta bancaria de «D», lo que genera los correspondientes gastos de protesto y devolución que son cargados por el Banco en la cuenta de «C». Indicar, conforme a la Ley cambiaria, que conceptos y cantidades puede reclamar «C» y a quien, como consecuencia de la devolución del Cheque.

format:sangrado:izq

3º. El empresario «E» tiene una cuenta bancaria en el Banco «Y», y además suscrito con este Banco un contrato o línea de descuento, que le permite descontar Pagarés hasta un límite determinado en ese contrato. Como consecuencia de la venta de unas mercancías por «E» al empresario «F», y para el pago de las mismas, este último firma y entrega a «E» un Pagaré de 10.000 euros con un vencimiento a 60 días. El empresario «E» descuenta dicho Pagaré en el Banco «Y». Llegada la fecha de vencimiento del Pagaré este es devuelto como impagado con la correspondiente declaración cambiaria en la que consta la devolución. Indicar, conforme a la Ley cambiaria, qué responsabilidades y consecuencias tiene esa devolución para el empresario «E» frente al Banco «Y», y que acciones legales podría, por su parte, iniciar «E» y frente a quien, como consecuencia de la devolución.

ANEXO

A) Letra de cambio

Tema 8

Lugar de libramiento

Moneda

Importe

Por esta **LETRA DE CAMBIO**
pagará usted al vencimiento
expresado a
la cantidad de (importe en letra)

Fecha de libramiento
Día Mes Año

VENCIMIENTO

CLASE 168



Persona o entidad:
Dirección u oficina:
Población:

en el domicilio de pago siguiente:
CÓDIGO CUENTA CLIENTE (CCC)
Entidad Oficina DC Num. de cuenta

ACEPTO
Fecha
(Firma)

Cláusulas:
LIBRADO
Nombre:
Domicilio:
Población:
C.P.: Provincia:

LIBRADOR:
(Firma, nombre y domicilio)

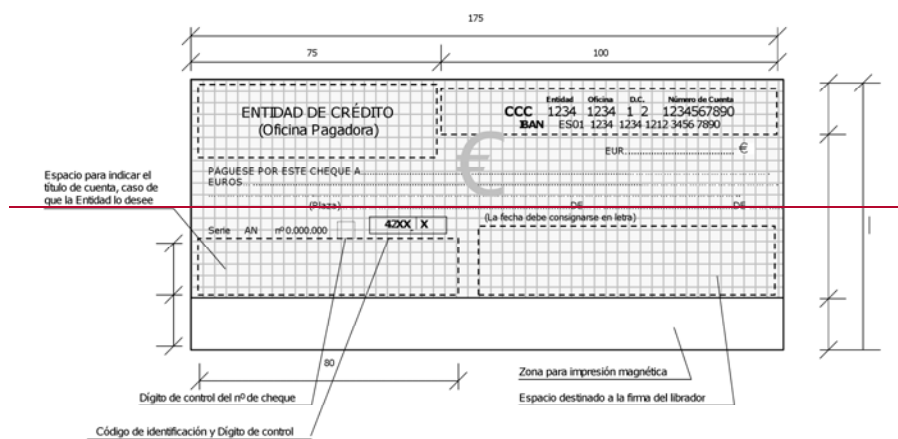
No utilizar este espacio por estar reservado para impresión magnética

NO UTILICE EL ESPACIO SUPERIOR, POR ESTAR RESERVADO PARA INSCRIPCIÓN

Por aval de Páguese a.....
..... con domicilio en.....
A.....de.....de.....
Nombre y domicilio del avalista....., a..... de de.....
..... Nombre y domicilio del endosante.....
.....

B) Cheque

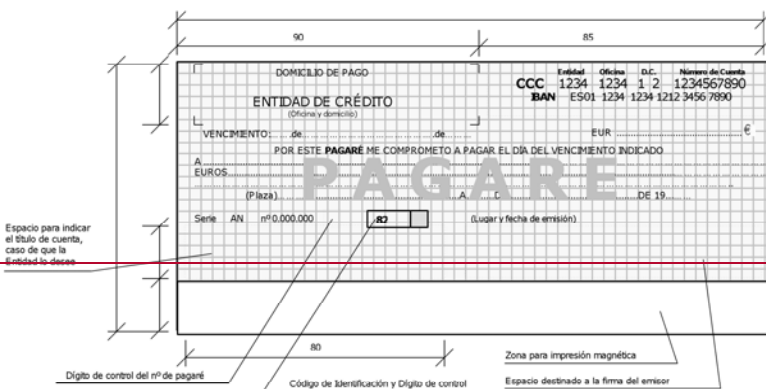
ANEXO 1 Modelo de Cheque de Cuenta Corriente Normalizado



16

C) Pagaré

ANEXO 1 Modelo de Pagaré de Cuenta Corriente Normalizado



17

BIBLIOGRAFÍA

format:sangrado:fran

José María de Eizaguirre, *Derecho de los Títulos Valores*, Edit. Thomson Civitas. 2003.

format:sangrado:fran

Enrique Gadea, *Los Títulos valor. Letra de cambio, cheque y pagaré*, Edit. Dykinson, 2008.

format:sangrado:fran

Llorente Gómez de Segura, Sánchez Lerma, y Valpuesta, *Práctica cambiaria. Jurisprudencia sistematizada*. Edit. Bosh. 2000.

format:sangrado:fran

Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. *Monográfico sobre la Ley cambiaria y del cheque, de 16 de julio de 1985*, Tomo XIII, enero a junio de 1986.

format:sangrado:fran

Tema 8

~~Francisco Vicent Chuliá, *Compendio crítico de derecho mercantil*, Tomo II, Títulos-Valores, Contratos, Edit. Bosch, 1990.~~

~~format:sangrado:fran~~

~~Cándido Paz Ares, *La Letra de favor*, Edit. Civitas, 1987.~~

~~format:sangrado:fran~~

~~Xavier Añoberos Trias, *El aval cambiario*, Edit. Civitas, 1990.~~

TEMA 9

Regulación Jurídica de las Crisis Económicas: La Insolvencia.

MANUELA SERRANO SÁNCHEZ

Profesora de Derecho Mercantil. Universidad Pontificia Comillas

SUMARIO

1. Concurso de acreedores
1.1. Principios generales de la Ley
1.2. Caracteres generales
1.3. Las soluciones para concursales
2. Presupuestos del concurso
2.1. El presupuesto objetivo: La insolvencia
2.2. El presupuesto subjetivo
2.3. El procedimiento formal: La declaración de concurso
2.4. El auto-declarativo
2.5. Procedimiento abreviado
3. La administración concursal
3.1. Composición
3.2. Régimen de incapacidades y prohibiciones
3.3. Estatuto jurídico del administrador concursal. Retribución. Responsabilidad
Caso práctico
Bibliografía

1. CONCURSO DE ACREEDORES

El concurso de acreedores puede definirse como aquel procedimiento judicial de carácter universal destinado a garantizar la igualdad de tratamiento entre los acreedores (*par conditio creditorum*) de una persona física o jurídica que, por hallarse en situación de insolvencia, no puede cumplir puntual y regularmente con sus obligaciones de pago.

Cuando un acreedor se encuentra en situación de insolvencia, la consecuencia inmediata de ello es la imposibilidad de poder pagar a todos los acreedores, por ello, si esta situación no se sometiera a un control judicial, se podría dar la situación de que el deudor eligiera libremente a qué deudor pagar o a cuál no produciéndose situaciones injustas. Así mismo, podrían llevarse a cabo actuaciones por parte del deudor, que resultaran en perjuicio de sus acreedores, por lo que parece necesario dotar una regulación legal, a través del procedimiento concursal, que proteja la masa activa (bienes y derechos) del deudor para poder satisfacer, en

la forma más eficiente posible y de forma ordenada y paritaria, su masa pasiva (deuda mantenida con acreedores).

1.1. PRINCIPIOS GENERALES DE LA LEY

La Ley Concursal (en adelante, LC) se basa en una serie de principios formales y materiales. Como sabemos, los principios generales del derecho son una fuente del derecho (art. 1.1 CC).

Por ello, los principios generales de la LC serán aquellos principios generales del derecho aplicables al sistema propio del derecho concursal, y habrá que distinguir entre los formales y los materiales.

Entre los principios generales de carácter formal que rigen la LC hemos de hacer referencia a los siguientes:

1) *Principios de unidad legal, de disciplina y de sistema.* En virtud de tales principios, la LC ha venido a unificar la diversidad de cuerpos legales que venían regulando hasta ese momento la institución de la insolvencia. Así, por ejemplo, con anterioridad a la promulgación de la actual Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, teníamos una normativa para regular el tratamiento jurídico de la insolvencia del comerciante: la quiebra, prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, el Código de Comercio de 1829 y Código de Comercio de 1885; otra, para regular el tratamiento jurídico de la insolvencia del no comerciante: el concurso de acreedores, previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y el Código Civil de 1889; y otra que regulaba los supuestos en que se suspendían los pagos para volver a reanudarlos si fuera posible, previsto en la Ley de Suspensión de Pagos de 1922. Sin embargo, a través de la actual LC se unifica en un solo cuerpo legal la regulación de las situaciones de insolvencia de comerciantes, no comerciantes, personas físicas, personas jurídicas, insolvencia liquidativa e insolvencia con continuidad. De esta manera, se regulan en un solo texto legal todos los aspectos formales y materiales del concurso salvo los que, por su naturaleza, no pueden sino ser regulados por una ley con la categoría de Ley Orgánica (véase Ley Orgánica de la Reforma Concursal).

2) También es de destacar el denominado por el profesor Ruiz de Velasco principio de *convergencia internacional*, en virtud del cual se intenta armonizar nuestro derecho concursal al de otros países, y que está además impulsado por el Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 25 de mayo del 2000, que entró en vigor el 31 de mayo de 2002. Este Reglamento, de aplicación imperativa en España, regula los aspectos concursales de aquellos procedimientos de insolvencia transfronteriza cuando el procedimiento principal se tramita en un país de la Unión Europea, en cuyo caso, se aplicará incluso con prevalencia sobre la LC en España.

Por otra parte, y ya en cuanto a los *principios generales de carácter material o sustantivo de la ley*, hemos de hacer especial referencia a:

1) El ya mencionado principio de la *pars conditio creditorum*. Este principio es el alma mater de la LC en tanto en cuanto preconiza la necesaria igualdad de tratamiento entre los acreedores del concursado. Es un principio que impregna el espíritu de todo el articulado de la ley y que siempre hay que tener en cuenta ante la existencia de cualquier duda interpretativa.

De hecho, la clasificación de los créditos se lleva a cabo en base a este principio, al objeto de agrupar a acreedores en función de cuál sea la naturaleza de su crédito, y ello para aplicar una prelación de pagos en base a dicha agrupación de créditos de análoga naturaleza en función de la especial protección que haya de dotarse a cada una de las categorías.

2) Igualmente, la LC se rige por el principio de *universalidad*, que hace referencia al hecho de que, una vez declarado el concurso, no podrán llevarse a cabo ejecuciones singulares de bienes o derechos del concursado, y ello, en protección de la masa activa, al objeto de que la misma sea ejecutada, en su caso, de forma universal, de nuevo, para garantizar la igualdad de trato entre acreedores. Ello es de vital importancia ya que, de nada serviría la instauración de un procedimiento concursal si se permitieran a la vez ejecuciones de títulos individuales de cada uno de los acreedores puesto que, en este caso, cobrarían «los más rápidos», y no aquellos que debieran estar antes en el orden de prelación de pagos previsto en la ley, y además, se estaría permitiendo el vaciamiento del activo de la concursada, con claro perjuicio de los acreedores no ejecutantes que verían mermado el activo sobre el cual habrían de ver satisfechos sus créditos.

3) Por su parte, el *principio solutorio* dirige el concurso hacia el cumplimiento de su finalidad, que no es otra, como ya adelantábamos al inicio de este epígrafe, que la de satisfacer los créditos de los acreedores, y ello, fomentando ante todo la solución de convenio, por encima de las liquidativas, a diferencia de lo que ocurría con anterioridad a la promulgación de esta ley.

3) Por último, hemos de referirnos al principio de *continuidad de la empresa*, y ello, en tanto en cuanto, la LC favorece, en todo momento, la continuidad de la actividad de la empresa. Por ello, no se puede asimilar, bajo ningún concepto, de manera automática, la declaración en concurso de una sociedad con la paralización o supresión de toda actividad social por parte de ésta. La LC defiende la continuidad de la actividad de la empresa como la mejor forma de obtener fondos suficientes para satisfacer los créditos de los acreedores a la vez que se ayuda al tejido empresarial, a través de la protección que la declaración de concurso otorga en múltiples aspectos a las sociedades, a seguir adelante. Para ello se lleva a cabo una regulación que tiene en cuenta esta finalidad tanto al tratar el tema de la vigencia de los contratos, como a la hora de fijar soluciones flexibles de convenio, como en lo que respecta a la suspensión del devengo de intereses, entre otras medidas que iremos analizando a lo largo de este tema.

1.2. CARACTERES GENERALES

La LC se ha caracterizado desde su promulgación por las siguientes notas o caracteres generales:

—Interés en instaurar un sistema de *celeridad* en el tratamiento de la insolvencia. Este intento de agilizar el sistema concursal se ha visto, a su vez, potenciado por las dos principales reformas que se han producido sobre la redacción inicial del 2003, esto es, el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo y la reciente Ley 38/2011, de 10 de octubre.

—Además, y dentro de ese intento de celeridad, se ha intentado reducir el número de intervinientes en el concurso simplificando los órganos concursales a dos, por una parte, el

juez de lo mercantil como juez del concurso, y, por otra, la administración concursal como órgano auxiliar del primero. A mayor abundamiento, la propia administración concursal ha experimentado modificaciones en su propia estructura a partir de la reforma del 2011, en virtud de la cual se ha reducido también, con carácter general, el número de los miembros que la componen.

—Otra nota importante de la LC es el *carácter de unidad* de la misma, carácter del que está dotada por los antedichos principios de unidad legal, de disciplina y de sistema.

—Por otra parte, es importante resaltar la naturaleza de *especialidad* de la LC con respecto a otras disposiciones generales tales como, en materia procesal, la Ley de Enjuiciamiento Civil, supletoria a la concursal en lo no previsto por ésta, o en materia sustantiva, la Ley de Sociedades de Capital o el Código Civil y Código de Comercio, Ley General de la Seguridad Social, Estatuto de Trabajadores, Ley General Tributaria, y un largo etcétera, siempre y cuando estemos ante un deudor en situación de concurso de acreedores y en lo que a éste respecta.

—Asimismo, la LC se caracteriza por una fuerte *protección de la masa activa del concurso*, impidiendo con carácter general la enajenación y el establecimiento de gravámenes no autorizados judicialmente, a la vez que, con tal medida, busca la *defensa de los acreedores y el tratamiento paritario entre ellos* (de conformidad con el principio *pars conditio creditorum* anteriormente analizado).

1.3. LAS SOLUCIONES PARA CONCURSALES

Bajo esta denominación se encuentran una serie de medidas que puede adoptar aquel que se encuentra en situación de insolvencia actual o inminente y que prefiere evitar la solución del concurso de acreedores por diversos motivos. En tal virtud, sus acciones van dirigidas a renegociar su deuda con sus acreedores, bien para eliminar el presupuesto objetivo, es decir, para salir por medio de la refinanciación de la situación de insolvencia, desapareciendo de esta manera la obligación, en caso de que existiera, de solicitar el concurso de acreedores, bien para lograr las adhesiones suficientes a esa propuesta de repago de la deuda para solicitar el concurso con una propuesta anticipada de convenio. Se van a tratar las soluciones para concursales reguladas en la LC. Estas soluciones revisten una especial importancia en los casos en que el deudor se encuentra en situación de insolvencia actual, y ello porque, en ese caso, estaría en la obligación de solicitar en plazo el concurso de acreedores.

El artículo 5 bis de la LC (artículo 5.3 con anterioridad a la reforma del 2011), en línea con estas soluciones para concursales, prevé que el deudor pueda poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta Ley.

Esta comunicación deberá llevarse a cabo en todo caso antes del vencimiento del plazo establecido por la LC para solicitar el concurso de acreedores, es decir, en el plazo de dos meses desde que se conoció o debió conocer por el deudor su estado de insolvencia.

El efecto que produce inmediatamente dicha comunicación es que el deudor dispondrá desde

el día en que la lleve a cabo de un plazo adicional de tres meses para negociar con sus acreedores la refinanciación de la deuda, o un convenio anticipado para satisfacer la misma.

Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, podremos encontrarnos ante tres distintos escenarios:

1. *El deudor no ha conseguido refinanciar su deuda ni salir del presupuesto objetivo del concurso, pero sí ha conseguido en cambio, conseguir adhesiones suficientes para una propuesta anticipada de convenio.* En este caso el deudor dispondrá de un plazo de un mes, a contar desde el día en que expiró el antedicho plazo de tres meses, para solicitar el concurso de acreedores con propuesta anticipada de convenio.

2. *El deudor no ha conseguido ni refinanciar la deuda ni las adhesiones necesarias para una propuesta anticipada de convenio.* En este caso, habrá de solicitar, en el mismo plazo de un mes señalado anteriormente, el concurso de acreedores sin más.

Durante ese plazo de tiempo (tres meses más uno), si un acreedor solicitara el concurso del deudor que ha comunicado la existencia de negociaciones, dicha solicitud no será tramitada, sino que estará en espera hasta que transcurran los cuatro meses. Si transcurridos los, en total, cuatro meses, el deudor presenta su solicitud de concurso, tendrá ésta preferencia sobre la del acreedor y el concurso será declarado como voluntario. Si transcurrido ese plazo, el deudor no presenta la solicitud de concurso, sólo entonces será tramitada la del acreedor, que, de cumplirse todos los requisitos, dará lugar a la declaración del concurso como necesario.

3. *El deudor ha conseguido llegar a un acuerdo con los acreedores para refinanciar la deuda.* En este caso ha desaparecido la situación de insolvencia por lo que, al no darse ya los presupuestos necesarios para el concurso de acreedores, no tendrá ya obligación de solicitar el concurso.

En este caso, el acuerdo podrá ser homologado judicialmente de conformidad con lo previsto en la Disposición Adicional 4ª de la LC, esto es, podrá de ser sometido a la consideración del juez ante el que se hubiera comunicado las negociaciones para que autorice y valide su contenido al objeto de evitar que el acuerdo pueda ser objeto en el futuro de una acción de reintegración, así como para aplicar esperas a las entidades financieras, paralizar ejecuciones, y darle publicidad al acuerdo, todo ello con los requisitos, limitaciones y efectos que desarrollamos a continuación.

Así, para que un acuerdo de refinanciación pueda ser homologado, deberá cumplir los siguientes requisitos:

1. *Que en virtud del acuerdo se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo y que con anterioridad a la declaración del concurso* (art. 71.6 LC):

a) El acuerdo haya sido suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación. En el caso de acuerdos de grupo, el porcentaje señalado se calculará tanto en base individual, en

relación con todas y cada una de las sociedades afectadas, como en base consolidada, en relación con los créditos de cada grupo o subgrupo afectados y excluyendo en ambos casos del cómputo del pasivo los préstamos y créditos concedidos por sociedades del grupo.

- b) El acuerdo haya sido informado favorablemente por un experto independiente designado a su prudente arbitrio por el registrador mercantil del domicilio del deudor conforme a lo previsto en el Reglamento del Registro Mercantil. Si el acuerdo de refinanciación afectara a varias sociedades del mismo grupo, el informe podrá ser único y elaborado por un solo experto, designado por el registrador del domicilio de la sociedad dominante, si estuviera afectada por el acuerdo o en su defecto por el del domicilio de cualquiera de las sociedades del grupo. El informe del experto contendrá un juicio técnico sobre la suficiencia de la información proporcionada por el deudor, sobre el carácter razonable y realizable del plan en las condiciones definidas en el párrafo primero y sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo. Cuando el informe contuviera reservas o limitaciones de cualquier clase, su importancia deberá ser expresamente evaluada por los firmantes del acuerdo.
- e) El acuerdo haya sido formalizado en instrumento público al que se habrán unido todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores

2. Que haya sido suscrito por acreedores que representen al menos el setenta y cinco por ciento del pasivo titularidad de entidades financieras en el momento de la adopción del acuerdo.

Los efectos de la homologación judicial en relación a la espera (o moratoria en la exigencia de pago) pactada para las entidades financieras que lo hayan suscrito se extienden a las restantes entidades financieras acreedoras no participantes o disidentes cuyos créditos no estén dotados de garantía real.

El secretario judicial, una vez presentada la solicitud de homologación, y una vez examinada la misma, dictará decreto admitiéndola a trámite y, caso de que así se hubiera solicitado, declarará la paralización de las ejecuciones singulares hasta la homologación y en todo caso por plazo máximo de un mes. Así mismo, ordenará la publicación del decreto en el Registro Público Concursal por medio de un anuncio que contendrá los datos que identifiquen el deudor, el juez competente, el número de expediente registral de nombramiento de experto y del procedimiento judicial de homologación, la fecha del acuerdo de refinanciación y los efectos de la espera que en el mismo se contienen, con la indicación de que el acuerdo está a disposición de los acreedores en el Registro Mercantil competente donde se hubiere depositado para su publicidad, incluso telemática de su contenido.

Finalmente, el juez otorgará la homologación siempre que el acuerdo reúna los requisitos expuestos y no suponga un sacrificio desproporcionado para las entidades financieras acreedoras que no lo suscribieron. Además, podrá declarar subsistente la paralización de ejecuciones promovidas por las entidades financieras acreedoras durante el plazo de espera previsto en el acuerdo de refinanciación, que no podrá superar los tres años. Esta resolución por la que se aprueba la homologación del acuerdo de refinanciación se adoptará mediante trámite de urgencia en el más breve plazo posible y se publicará mediante anuncio insertado en el Registro Público Concursal y en el BOE por medio de un extracto que contendrá los datos previstos en el párrafo tercero del apartado dos anterior.

Dentro de los quince días siguientes a la publicación, los acreedores afectados por la homologación judicial que no hubieran prestado su consentimiento podrán impugnarla. Los motivos de la impugnación se limitarán exclusivamente a la concurrencia del porcentaje exigido para la homologación y a la valoración de la desproporción del sacrificio exigido. Todas las impugnaciones se tramitarán conjuntamente por el procedimiento del incidente concursal, y se dará traslado de todas ellas al deudor y al resto de los acreedores que son parte en el acuerdo de refinanciación para que puedan oponerse a la impugnación. La sentencia que resuelva sobre la impugnación de la homologación no será susceptible de recurso de apelación y se le dará la misma publicidad prevista para la resolución de homologación.

Los efectos de la homologación del acuerdo de refinanciación se producen en todo caso y sin posibilidad de suspensión desde el día siguiente en que se publique la sentencia en el BOE. En todo caso, las entidades financieras acreedoras afectadas por la homologación mantendrán sus derechos frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar ni la aprobación del acuerdo de refinanciación ni los efectos de la homologación en perjuicio de aquéllos.

En caso de no cumplir el deudor los términos del acuerdo de refinanciación, cualquier acreedor, adherido o no al mismo, podrá solicitar, ante el mismo juez que lo hubiera homologado, la declaración de su incumplimiento, a través de un procedimiento equivalente al incidente concursal, del que se dará traslado al deudor y a todos los acreedores comparecidos para que puedan oponerse a la misma. Declarado el incumplimiento, los acreedores podrán instar la declaración de concurso o iniciar las ejecuciones singulares. Solicitada una homologación no podrá solicitarse otra por el mismo deudor en el plazo de un año.

2. PRESUPUESTOS DEL CONCURSO

Para que se declare un concurso de acreedores, es necesario que se cumplan tres presupuestos fundamentales: uno objetivo, uno subjetivo y uno formal.

2.1. EL PRESUPUESTO OBJETIVO: LA INSOLVENCIA

Hemos de entender por presupuesto objetivo como aquella situación de hecho que tiene que darse para entender que un determinado sujeto se encuentra en situación de concurso de acreedores. De esta manera, hemos de entender que el presupuesto objetivo del concurso de acreedores es la insolvencia del deudor.

Así, ha de entenderse que está en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (art. 2 LC). La insolvencia, a su vez, se clasifica en dos tipos, la insolvencia actual y la insolvencia inminente.

Por una parte, la insolvencia es *actual* cuando el deudor ya no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles, esto es, a día de hoy ya no puede pagar a sus acreedores. Por otra parte, la insolvencia es *inminente* cuando el deudor prevé que no podrá cumplir con sus obligaciones de pago, esto es, por el momento puede pagar a sus acreedores, pero prevé

razonablemente que, en un breve periodo de tiempo, no podrá hacerlo, esto es, su insolvencia no es actual, pero se prevé que va a serlo de forma más o menos inminente.

La diferencia entra ambas es fundamental de cara a las *consecuencias jurídicas* que produce. Así, mientras que en los casos de insolvencia inminente, el deudor tiene derecho a solicitar su declaración de concurso, y nadie puede pedirla por él (no habrá lugar a concursos necesarios en esta situación, como ya veremos más adelante); en la insolvencia actual, en cambio, el deudor tiene la obligación de solicitar el concurso de acreedores en el plazo previsto por la ley, pudiendo incurrir de lo contrario en responsabilidad, y siendo una causa ésta, la solicitud tardía del concurso, de lo que más tarde veremos se denomina calificación de culpabilidad del mismo. A mayor abundamiento, en este caso, cualquier acreedor, entre otros, podría solicitar la declaración del concurso del propio deudor dando lugar a un concurso necesario, con las consecuencias que, más adelante veremos, éste conlleva.

Así las cosas, la determinación del momento en que el deudor se encuentra en insolvencia actual es vital de cara al cumplimiento con su obligación de solicitar el concurso de acreedores.

El plazo que la LC otorga a aquel que se encuentra en estado de insolvencia actual para solicitar la declaración del concurso de acreedores es un *plazo de dos meses a contar desde el momento en que el deudor hubiera conocido o debiera conocer su situación de insolvencia*, con las excepciones ya tratadas en relación a la moratoria prevista para las soluciones paraconcursoales.

Así, de cara a determinar el momento en que el deudor conoció o debió conocer su estado de insolvencia, la LC establece una serie de *presunciones*, esto es, define una serie de hechos que, de constatarse su existencia, determinarían, salvo prueba en contra, que el deudor conoce o debe conocer que se halla en situación de insolvencia (art. 2.4 LC). Estas presunciones son las siguientes::

1. *El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.* Es decir, el deudor deja de cumplir de manera generalizada con sus obligaciones de pago.

2. *La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.* Los acreedores han demandado al acreedor judicialmente o a través de procedimiento administrativo el pago de las cantidades, y habiendo estimado el juez o la autoridad administrativa correspondiente que asiste ese derecho de cobro al deudor, ha decretado embargo de cantidades o bienes del deudor para hacer frente a esa deuda frente al acreedor. Esta situación de embargos sobre el patrimonio debe tener carácter general, no siendo suficiente embargos puntuales que no afecten generalizadamente al patrimonio del deudor.

3. *El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.* El deudor, ante la situación en la que prevé va a verse inmerso, dispone de bienes o derechos por un precio inferior al de su valor de mercado y apresuradamente.

4. *El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación*

conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades. Son las que se han venido a denominar «obligaciones sensibles».

-

2.2. EL PRESUPUESTO SUBJETIVO

El presupuesto subjetivo hace mención a quiénes pueden ser declarados en concurso de acreedores.

Pueden ser declarados en concurso tanto las personas físicas como las personas jurídicas. Igualmente, podrá ser declarada en concurso una herencia en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente, ya que en ese caso se confundirían activo y pasivo de herencia con las de aquel que la aceptó pura y simplemente y no procedería concurso de la herencia, sino, en su caso, de aquel que la hubiera aceptado.

Sin embargo, no podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público.

-

2.3. EL PROCEDIMIENTO FORMAL: LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

Una vez tenemos identificado el presupuesto objetivo, la insolvencia, y el presupuesto subjetivo, el deudor que es susceptible de ser declarado en concurso de acreedores, vamos a proceder a estudiar cuál es el proceso que se inicia con la solicitud del concurso de acreedores y finaliza con la declaración del mismo, esto es, lo que se ha venido a llamar el presupuesto formal del concurso de acreedores.

En primer lugar, por tanto, hemos de analizar quién está legitimado para solicitar el concurso de acreedores. Así, estarán legitimados (art. 3 LC):

1. El deudor

El deudor está legitimado, como no puede ser de otra manera, para solicitar su propio concurso de acreedores, es más, no sólo está legitimado sino que, como hemos tenido oportunidad ya de saber, está obligado a ello cuando se encuentra en situación de insolvencia actual.

Cuando es el deudor el que solicita su declaración de concurso en tiempo y forma, éste se suele declarar en forma de concurso voluntario, lo que conlleva como regla general que el propio deudor mantenga sus facultades de disposición y administración, nombrándose un administrador concursal que va a ostentar tan sólo facultades de intervención. Esto significa que el deudor podrá seguir gestionando su propio negocio a través de su órgano de administración social, si bien el administrador concursal deberá autorizar los actos de disposición y administración que el concursado pretenda llevar a cabo desde la fecha de declaración de concurso.

Si el deudor fuera persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o de liquidación.

2. Los acreedores

Los acreedores estarán legitimados igualmente a solicitar el concurso de un deudor suyo cuando en este concurren los presupuestos objetivo y subjetivo enunciados en la LC. No obstante lo anterior, no estará legitimado para solicitar un concurso de acreedores, aquel acreedor que, dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud, hubiera adquirido el crédito por actos *inter vivos* y a título singular, después de su vencimiento.

3. Los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables, conforme a la legislación vigente, de las deudas de una persona jurídica podrán además solicitar el concurso de ésta.

4. Los acreedores del deudor fallecido, los herederos de éste y el administrador de la herencia podrán solicitar la declaración de concurso de la herencia no aceptada pura y simplemente. La solicitud formulada por un heredero producirá los efectos de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario.

Además, cuando en actuaciones por delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico se pongan de manifiesto indicios de estado de insolvencia de algún presunto responsable penal y de la existencia de una pluralidad de acreedores, el Ministerio Fiscal instará del juez que esté conociendo de la causa la comunicación de los hechos al juez de lo mercantil con competencia territorial para conocer del concurso del deudor, a los efectos pertinentes, por si respecto de éste se encontrase en tramitación un procedimiento concursal. Asimismo, instará el Ministerio Fiscal del juez que conozca de la causa la comunicación de aquellos hechos a los acreedores cuya identidad resulte de las actuaciones penales en curso, a fin de que, en su caso, puedan solicitar la declaración de concurso o ejercitar las acciones que les correspondan.

Por otra parte, la solicitud de concurso de acreedores no sólo debe hacerse por quien tenga legitimación para ello en los términos aquí expuestos, sino que, además, habrá de llevarse a cabo en una determinada forma y aportando una concreta información y documentación. Así, los requisitos formales para solicitar la declaración de concurso serán diferentes dependiendo de quién lo solicite.

Así, en caso de que sea el propio deudor el que solicite su concurso de acreedores, éste deberá:

1º) Presentar un escrito de solicitud de declaración de concurso donde habrá de especificar si su estado de insolvencia es actual o si lo prevé como inminente.

2º) Acompañar a la solicitud los siguientes documentos:

a) Poder especial para solicitar el concurso. Este documento podrá ser sustituido mediante la realización de apoderamiento *apud acta*, esto es, mediante declaración ante el secretario judicial del juzgado de lo mercantil que fuera a conocer del procedimiento concursal en virtud de la cual se conceda igualmente poder suficiente a abogado y procurador para solicitar el concurso en su nombre y representación.

b) La memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor, de la actividad o actividades a que se haya dedicado durante los tres últimos años y de los establecimientos,

oficinas y explotaciones de que sea titular, de las causas del estado en que se encuentre y de las valoraciones y propuestas sobre la viabilidad patrimonial. Además,

i) *Si el deudor fuera persona casada*, indicará en la memoria la identidad del cónyuge, con expresión del régimen económico del matrimonio.

ii) *Si el deudor fuera persona jurídica*, indicará en la memoria la identidad de los socios o asociados de que tenga constancia, de los administradores o de los liquidadores y, en su caso, del auditor de cuentas, así como si forma parte de un grupo de empresas, enumerando las entidades integradas en éste, y si tiene admitidos valores a cotización en mercado secundario oficial.

iii) *Si se tratase de una herencia*, se indicarán en la memoria los datos del causante.

e) *Un inventario de bienes y derechos*, con expresión de su naturaleza, lugar en que se encuentren, datos de identificación registral en su caso, valor de adquisición, correcciones valorativas que procedan y estimación del valor real actual. Se indicarán también los gravámenes, trabas y cargas que afecten a estos bienes y derechos, con expresión de su naturaleza y los datos de identificación.

d) *Relación de acreedores*, por orden alfabético, con expresión de la identidad, domicilio y dirección electrónica de cada uno de ellos, así como de la cuantía y el vencimiento de los respectivos créditos y las garantías personales o reales constituidas. Si algún acreedor hubiera reclamado judicialmente el pago, se identificará el procedimiento correspondiente y se indicará el estado de las actuaciones.

e) *La plantilla de trabajadores en su caso y la identidad del órgano de representación de los mismos si lo hubiere*.

3º) *Si el deudor estuviera legalmente obligado a llevar contabilidad*, acompañará además:

1. *Cuentas anuales y, en su caso, informes de gestión o informes de auditoría correspondientes a los tres últimos ejercicios*.

2. *Memoria de los cambios significativos operados en el patrimonio con posterioridad a las últimas cuentas anuales formuladas y depositadas y de las operaciones que por su naturaleza, objeto o cuantía excedan del giro o tráfico ordinario del deudor*.

3. *Estados financieros intermedios elaborados con posterioridad a las últimas cuentas anuales presentadas, en el caso de que el deudor estuviese obligado a comunicarlos o remitirlos a autoridades supervisoras*.

4. *En el caso de que el deudor forme parte de un grupo de empresas, como sociedad dominante o como sociedad dominada, acompañará también las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados correspondientes a los tres últimos ejercicios sociales y el informe de auditoría emitido en relación con dichas cuentas, así como una memoria expresiva de las operaciones realizadas con otras sociedades del grupo durante ese mismo período*.

Como puede comprobarse, se trata de una información copiosa pero realmente necesaria, tanto para que el juez pueda tener elementos suficientes de hecho para determinar si el

solicitante realmente se encuentra o no en situación de concurso de acreedores y, de ser así, las condiciones con las que ha de declarar éste. Es por eso que cuando no se acompaña alguno de los documentos mencionados o cuando alguno de ellos no cumple con los requisitos o datos exigidos, el deudor deberá expresar en su solicitud la causa que lo motiva.

En cambio, cuando el que lo solicita es un acreedor éste deberá presentar escrito de solicitud de concurso en el que habrá de expresar el título o hecho en el que funda su solicitud. Los títulos o hechos en los que puede fundar su solicitud coinciden con los enunciados con anterioridad en relación a las presunciones de que el deudor conoce o debe conocer su situación de insolvencia, las previstas en el artículo 2 apartado 4 de la LC. Así mismo, deberán expresar en el escrito de solicitud el origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento, y situación actual del crédito, del que deberán acompañar todos los documentos que lo acrediten.

Los demás legitimados deberán expresar en la solicitud el carácter en el que la formulan, acompañando el documento del que resulte su legitimación o proponiendo la prueba para acreditarla.

En todos los casos, los legitimados para ello deberán presentar la solicitud de concurso ante el juzgado de lo mercantil del domicilio del deudor. Si hubiera más de uno en la circunscripción territorial correspondiente, se turnará la solicitud por reparto a uno de ellos.

En el mismo día o, si no fuera posible, en el siguiente hábil al de su reparto, el juez examinará la solicitud de concurso y, si la estimara completa, salvo las especificidades previstas respecto de las personas jurídicas a las que se refiere el artículo 13.1 de la LC, procederá:

1. En los casos en que el propio deudor solicitó su concurso:

—A dictar auto de declaración de concurso si estima se dan los presupuestos para ello.

—A archivar la solicitud, en caso contrario.

2. Cuando la solicitud hubiera sido presentada por un acreedor y se fundara en un embargo o en una investigación de patrimonio infructuosos o que hubiera dado lugar a una declaración administrativa o judicial de insolvencia, el juez dictará auto de declaración de concurso el primer día hábil siguiente.

3. Cuando la solicitud hubiera sido presentada por cualquier legitimado distinto al deudor y por un hecho distinto del anterior, el juez dictará auto, admitiéndola a trámite y ordenando el emplazamiento del deudor, con traslado de la solicitud, para que comparezca en el plazo de cinco días, dentro del cual se le pondrán de manifiesto los autos y podrá formular oposición a la solicitud, proponiendo los medios de prueba de que intente valerse; o bien allanamiento, es decir, mostrar conformidad por parte del deudor respecto a su situación de concurso y por tanto, la procedencia de la declaración del mismo.

a) En caso de allanamiento del deudor o de que éste no formulase oposición en plazo, el juez dictará auto declarando el concurso de acreedores.

b) En caso de oposición, el deudor podrá basar ésta en la inexistencia del hecho en que se fundamenta la solicitud o en que, aun existiendo, no se encuentra en estado de insolvencia. En

este último caso, incumbirá al deudor la prueba de su solvencia y, si estuviera obligado legalmente a llevar contabilidad, esta prueba habrá de basarse en la que llevara conforme a derecho. Una vez el deudor formule la oposición, el secretario judicial, al siguiente día, citará a las partes a la vista, a celebrar en el plazo de tres días, previniéndolas para que comparezcan a ella con todos los medios de la prueba que pueda practicarse en el acto y, si el deudor estuviera obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, advirtiéndole para que comparezca con los libros contables de llevanza obligatoria. La vista se celebrará bajo la presidencia del juez, dentro de los 10 días siguientes a aquél en que se hubiera formulado oposición. Practicadas las pruebas declaradas pertinentes o transcurrido el plazo fijado para ello, el juez, dentro de los tres días siguientes, dictará auto declarando el concurso o desestimando la solicitud. En caso de desestimación de la solicitud de concurso, una vez firme el auto, se procederá, a petición del deudor, a la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se le hubieran ocasionado como consecuencia de la solicitud de concurso, y, una vez determinados, se requerirá de pago al solicitante del concurso, procediéndose de inmediato, si no los pagase, a su exacción forzosa. Contra el pronunciamiento del auto sobre la estimación o desestimación de la solicitud de concurso cabrá, en todo caso, recurso de apelación.

En cualquiera de los casos en los que el juez de lo mercantil entendiere que procede la declaración de concurso, éste dictará un auto en virtud del cual se ordenará la misma y que comenzará a producir efectos desde el mismo día en que se haya dictado.

2.4. EL AUTO DECLARATIVO

Como adelantábamos con anterioridad, el auto de declaración de concurso es aquella resolución dictada por el juez de lo mercantil, el juez del concurso, en virtud de la cual se acuerda por parte del juez la situación de concurso del deudor, y cuya fecha, marca un antes y un después, es un punto de inflexión, en tanto en cuanto produce una serie de efectos de vital importancia, lo que veremos más adelante.

El auto de declaración de concurso deberá contener los siguientes pronunciamientos:

1. El carácter necesario o voluntario del concurso, con indicación, en su caso, de que el deudor ha solicitado la liquidación o ha presentado propuesta anticipada de convenio. El concurso es necesario cuando no ha sido el concursado el que ha solicitado su concurso sino terceros con legitimación para ello. En estos casos se suele, como regla general, suspender las facultades de administración y disposición de contenido patrimonial al deudor, cuyo órgano de administración social viene a ser sustituido por la administración concursal, en el caso de ser persona jurídica, o que, en caso de ser persona física, simplemente deja de tener facultades para llevar a cabo tales actos, pasando éstas, igualmente, a manos de la administración concursal.

El concurso es voluntario cuando el concursado ha solicitado su propio concurso. En estos casos, como regla general, se suele intervenir las facultades de disposición y administración de contenido patrimonial del deudor, cuyo órgano de administración social va a seguir ostentando las facultades que le son propias, si bien sometido a un régimen de autorizaciones por parte de la administración concursal. Sin embargo, hay un caso en el que, aun habiendo

solicitado el concurso el deudor, éste se ha de declarar como necesario y no como voluntario, se trata del supuesto en que, en los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud del deudor, se hubiera presentado y admitido a trámite otra por cualquier legitimado, aunque éste hubiera desistido, no hubiera comparecido o no se hubiese ratificado (art. 22 LC).

2. Los efectos sobre las facultades de administración y disposición del deudor respecto de su patrimonio, así como el nombramiento y las facultades de los administradores concursales.

3. En caso de concurso necesario, el requerimiento al deudor para que presente, en el plazo de 10 días a contar desde la notificación del auto, los documentos que habría de haber presentado si hubiera llevado a cabo su propia solicitud de concurso (art. 6 LC).

4. En su caso, las medidas cautelares que el juez considere necesarias para asegurar la integridad, la conservación o la administración del patrimonio del deudor hasta que los administradores concursales acepten el cargo.

5. El llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos, en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» del auto de declaración de concurso.

6. La publicidad que haya de darse a la declaración de concurso.

7. En caso de persona física, y si procediera, la decisión sobre la formación de pieza separada, conforme a lo dispuesto en relación con la disolución de la sociedad de gananciales.

8. En su caso, la decisión sobre la procedencia de aplicar el procedimiento abreviado.

Una vez ha sido dictado el auto del concurso, además, la administración concursal habrá de llevar a cabo sin demora una comunicación individualizada a cada uno de los acreedores cuya identidad y domicilio consten en la documentación que obre en autos, informando de la declaración de concurso y del deber de comunicar los créditos en la forma establecida por la Ley. La comunicación, tras la reforma de 2011, se debe realizar por medios telemáticos, informáticos o electrónicos cuando conste la dirección electrónica del acreedor. Sin embargo, en relación a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y a la Tesorería General de la Seguridad Social, habrá de comunicárseles aunque no consten como acreedores, a través de los medios electrónicos que éstas habiliten en sus respectivas sedes electrónicas. Igualmente se comunicará a la representación de los trabajadores, si la hubiere, haciéndoles saber de su derecho a personarse en el procedimiento como parte.

La publicidad de la declaración de concurso, así como de las restantes notificaciones, comunicaciones y trámites del procedimiento, se realizará preferentemente por medios telemáticos, informáticos y electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine, garantizando la seguridad y la integridad de las comunicaciones. El extracto de la declaración de concurso se publicará, con la mayor urgencia y de forma gratuita, en el BOE, y contendrá únicamente los datos indispensables para la identificación del concursado, incluyendo su Número de Identificación Fiscal, el juzgado competente, el número de autos y el Número de Identificación General del procedimiento, la fecha del auto de declaración de concurso, el plazo establecido para la comunicación de los créditos, la identidad de los administradores concursales, el domicilio postal y la dirección electrónica señalados para que los acreedores, a su elección, efectúen la comunicación de créditos, el régimen de suspensión o intervención de

facultades del concursado y la dirección electrónica del Registro Público Concursal donde se publicarán las resoluciones que traigan causa del concurso.

El juez podrá igualmente acordar cualquier otra forma de publicidad complementaria siempre y cuando la considerara imprescindible para la efectiva difusión de los actos de concurso.

Las demás resoluciones que, conforme a esta Ley, deban ser publicadas por medio de edictos, lo serán en el Registro Público Concursal y en el tablón de anuncios del juzgado.

El auto de declaración del concurso así como el resto de resoluciones concursales que conforme a las disposiciones de esta Ley deban ser objeto de publicidad, se insertarán además en el Registro Público Concursal con arreglo al procedimiento que reglamentariamente se establezca.

Adicionalmente, la declaración de concurso resulta merecedora igualmente de publicidad registral que resulte procedente (registro mercantil, registro de la propiedad, registro civil, registro de bienes muebles, etc.).

-

2.5. PROCEDIMIENTO ABREVIADO

El procedimiento abreviado es un procedimiento concursal de carácter simplificado previsto para deudores con un pasivo de menor entidad.

Así, el juez podrá aplicar el procedimiento abreviado cuando, a la vista de la información disponible, considere que el concurso no reviste especial complejidad, atendiendo a las siguientes circunstancias:

1. Que la lista presentada por el deudor incluya menos de cincuenta acreedores.
2. Que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros.
3. Que la valoración de los bienes y derechos no alcance los cinco millones de euros.

También podrá aplicarlo cuando el deudor presente propuesta anticipada de convenio o una propuesta de convenio que incluya una modificación estructural por la que se transmita íntegramente su activo y su pasivo.

Por otra parte, cuando el deudor sea una persona natural el juez valorará especialmente si responde o es garante de las deudas de una persona jurídica y si es administrador de alguna persona jurídica.

Sin embargo, el juez aplicará necesariamente el procedimiento abreviado, por lo que ya no estamos ante una mera discrecionalidad de éste, sino ante una previsión de cumplimiento obligatorio, cuando el deudor presente, junto con la solicitud de concurso, un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento o que el deudor hubiera cesado completamente en su actividad y no tuviera en vigor contratos de trabajo.

En caso de que existiera una modificación de las circunstancias antedichas, el juez podrá, a

instancias del deudor, de la administración concursal, o del propio acreedor, y atendiendo a la mayor o menor complejidad del concurso, transformar un procedimiento abreviado en ordinario o un procedimiento ordinario en abreviado.

El concurso abreviado se caracteriza por tener especiales previsiones en relación al acortamiento de los plazos, a la presentación de concurso con propuesta anticipada de convenio, así como a la presentación de concurso con petición de liquidación anticipada. Por tanto, la LC regula estas especialidades del procedimiento abreviado disponiendo que, supletoriamente, se aplicarán a este procedimiento las normas del ordinario, esto es, que todo aquello que no tenga previsto una específica regulación dentro de las especialidades que la Ley establece para el procedimiento abreviado, habrá de regirse por lo previsto para el procedimiento ordinario.

Así, entre las especiales previsiones que lleva a cabo la LC en relación al procedimiento concursal abreviado, hemos de citar, en relación al acortamiento de plazos (art. 191 LC), las siguientes:

1. El administrador concursal deberá presentar el inventario de bienes y derechos de la masa activa dentro de los 15 días siguientes a la aceptación del cargo.
2. El administrador concursal deberá presentar su informe en el plazo de un mes, contado a partir de la aceptación del cargo. Razonadamente, podrá solicitar al juez una prórroga que en ningún caso excederá de 15 días.
3. El administrador concursal practicará la comunicación a los acreedores del inventario y del pasivo del concurso al menos 5 días antes de la presentación de la lista de acreedores.
 4. El secretario judicial formará pieza separada en la que se tramitará lo relativo a las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores, y, al día siguiente, sin incoar incidente, dará traslado de las mismas al administrador concursal. Éste en el plazo de 10 días, comunicará al juzgado si acepta la pretensión, incorporándola a los textos definitivos, o si se opone formalmente a la misma, proponiendo a su vez la prueba que considere pertinente. Contestada la demanda o transcurrido el plazo para ello, el proceso continuará con la contestación por parte del demandado (administración concursal y concursado) hasta que se dicte sentencia. Entre la contestación a la demanda y la sentencia se podrá celebrar vista si hubiera actividad probatoria que practicar. Si hubiera más de una impugnación, se acumularán de modo que se tramiten y resuelvan en una sola vista.
5. El administrador concursal deberá informar de inmediato al juez de la incidencia de las impugnaciones sobre el quórum y las mayorías necesarias para aprobar el convenio. Si las impugnaciones afectaran a menos del 20 % del activo o del pasivo del concurso, el juez podrá ordenar la finalización de la fase común y la apertura de la fase de convenio o liquidación, sin perjuicio del reflejo que las impugnaciones puedan tener en los textos definitivos.
6. El plazo para la presentación de propuestas ordinarias de convenio finalizará en todo caso 5 días después de la notificación del informe del administrador concursal. Admitida a trámite la propuesta de convenio, el secretario judicial señalará fecha para la celebración de la junta de acreedores dentro de los 30 días hábiles siguientes.
7. Si en el plazo previsto en el apartado anterior no se hubiera presentado propuesta de

convenio, el secretario judicial abrirá de inmediato la fase de liquidación requiriendo al administrador concursal para que presente el plan de liquidación en el plazo improrrogable de diez días.

8. Una vez aprobado el plan, las operaciones de liquidación no podrán durar más de tres meses, prorrogables, a petición de la administración concursal, por un mes más.

Por su parte, en relación a las *especialidades del procedimiento abreviado en caso de solicitud de concurso con presentación de propuesta de convenio* (art. 191 bis LC), hemos de hacer mención a las siguientes:

1. En el auto de declaración de concurso el juez se pronunciará sobre la admisión a trámite de la propuesta de convenio presentada por el deudor con su solicitud.

2. El administrador concursal deberá evaluar la propuesta de convenio presentada por el deudor, dentro del plazo de diez días a contar desde la publicación de la declaración de concurso.

3. La aceptación de la propuesta de convenio se realizará por escrito. Los acreedores que no se hubieran adherido antes a la propuesta de convenio presentada por el deudor podrán hacerlo hasta cinco días después de la fecha de presentación del informe del administrador concursal.

4. Dentro de los tres días siguientes a aquél en el que hubiere finalizado el plazo para formular adhesiones, el secretario judicial verificará si la propuesta de convenio alcanza la mayoría legalmente exigida y proclamará el resultado mediante decreto. Si la mayoría resultase obtenida, el juez, inmediatamente después de la expiración del plazo de oposición a la aprobación judicial del convenio, dictará sentencia aprobatoria, salvo que se hubiera formulado oposición a dicha aprobación o proceda su rechazo de oficio. Si hubiera oposición, el secretario judicial admitirá la demanda y el juez podrá requerir al impugnante que preste caución por los daños o perjuicios que para la masa pasiva y activa del concurso pueda suponer la demora en la aprobación del convenio.

Por último, entre las *especialidades del procedimiento abreviado en caso de solicitud de concurso con presentación de plan de liquidación* (art. 191 ter LC), hemos de reseñar las siguientes:

1. Si el deudor hubiera solicitado la liquidación al tiempo de la solicitud del concurso, el juez acordará de inmediato la apertura de la fase de liquidación.

2. Una vez se ha abierto la fase de liquidación, el secretario judicial dará traslado del plan de liquidación presentado por el deudor para que sea informado en el plazo de diez días por el administrador concursal y para que los acreedores puedan realizar alegaciones.

3. El informe del administrador concursal deberá incluir necesariamente el inventario de la masa activa del concurso y evaluar el efecto de la resolución de los contratos sobre las masas activa y pasiva del concurso.

4. En el auto por el que se apruebe el plan de liquidación, el juez podrá acordar la resolución de los contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes, con excepción de aquellos que

se vinculen a una oferta efectiva de compra de la unidad productiva o de parte de ella.

5. En caso de suspenderse las operaciones de liquidación con motivo de las impugnaciones del inventario o de la lista de acreedores, el juez podrá requerir a los impugnantes para que presten una caución que garantice los posibles daños y perjuicios por la demora.

3. LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

La administración concursal es uno de los órganos del concurso de acreedores, en concreto, el órgano auxiliar del juez del concurso. Está integrado generalmente por un miembro profesional, designado por el juez de entre las listas oficiales que les son facilitadas con aquellas personas que cumplen los requisitos fijados por la ley para desempeñar el cargo, y su función es principalmente la de procurar intervenir o gestionar las masas activas y pasivas de la concursada para lograr la mejor satisfacción de los acreedores, con respeto a los principios y normas propias de la LC y del resto de disposiciones legales aplicables.

3.1. COMPOSICIÓN

La administración concursal está integrada por un único miembro (modificación llevada a cabo por la reforma del 2011). Así, para poder ejercer el cargo de administrador concursal es necesario cumplir alguno de los siguientes requisitos:

1. Ser *abogado* en ejercicio con cinco años de experiencia profesional efectiva en el ejercicio de la abogacía, que hubiera acreditado formación especializada en Derecho Concursal.
2. Ser *economista*, titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia profesional, con especialización demostrable en el ámbito concursal.
3. Ser una *persona jurídica* en la que se integre, al menos, un *abogado en ejercicio* y un *economista, titulado mercantil o auditor de cuentas*, y que garantice la debida independencia y dedicación en el desarrollo de las funciones de administración concursal.

No obstante, la ley prevé una serie de casos especiales:

—En caso de concurso de una entidad emisora de valores o instrumentos derivados que se negocien en un mercado secundario oficial, de una entidad encargada de regir la negociación, compensación o liquidación de esos valores o instrumentos, o de una empresa de servicios de inversión, será nombrado administrador concursal un miembro del personal técnico de la Comisión Nacional del Mercado de Valores u otra persona propuesta por ésta con la cualificación del número 2.º del apartado anterior, a cuyo efecto la Comisión Nacional del Mercado de Valores comunicará al juez la identidad de aquella.

—En caso de concurso de una entidad de crédito o de una entidad aseguradora, el juez nombrará al administrador concursal de entre los propuestos respectivamente por el Fondo de Garantía de Depósitos y el Consorcio de Compensación de Seguros.

Se prevé, además, para caso de *concurso ordinarios de especial trascendencia*, que el juez

nombrará, además del administrador concursal abogado, economista o persona jurídica, a un administrador concursal acreedor titular de créditos ordinarios o con privilegio general no garantizado de entre los que figuren en el primer tercio de mayor importe. A estos efectos, cuando el conjunto de las deudas con los trabajadores por los créditos salariales estuviera incluida en el primer tercio de mayor importe, el juez podrá nombrar como administrador acreedor a la representación legal de los trabajadores, que deberá designar un profesional que reúna la condición de economista, titulado mercantil, auditor de cuentas o abogado, quedando sometido al mismo régimen de incapacidades, incompatibilidades, prohibiciones, remuneración y responsabilidad que los demás miembros de la administración concursal.

Se entiende por concursos de especial trascendencia aquellos en los que concurra uno de los siguientes supuestos:

1. Que la cifra de negocio anual del concursado haya sido de cien millones de euros o superior en cualquiera de los tres ejercicios anteriores a aquél en que sea declarado el concurso.
2. Que el importe de la masa pasiva declarada por el concursado sea superior a cien millones de euros.
3. Que el número de acreedores manifestado por el concursado sea superior a mil.
4. Que el número de trabajadores sea superior a cien o lo haya sido en alguno de los tres ejercicios anteriores a la declaración del concurso.

En todo caso, el juez del concurso, de oficio o a instancia de un acreedor de carácter público o de la administración concursal, en aquellos concursos en que exista una causa de interés público que así lo justifique y aun cuando no concurran los supuestos antes mencionados, podrá nombrar como administrador concursal acreedor a una Administración pública o a una entidad de Derecho Público vinculada o dependiente de ella. Cuando el acreedor designado sea una Administración pública o una entidad de Derecho Público vinculada o dependiente de ella, la designación del profesional podrá recaer en cualquier empleado público con titulación universitaria, de graduado o licenciado en ámbitos pertenecientes a las ciencias jurídicas o económicas, y su régimen de responsabilidad será el específico de la legislación administrativa.

Todos aquellos que deseen desempeñar el cargo de administrador concursal, salvo los empleados públicos designados por la Administración Pública para ello, deberán inscribirse en una lista que recogerá todos aquellos profesionales y personas jurídicas aptos y disponibles para el desempeño de la función. Aquéllos que deseen inscribirse en la lista deberán acreditar, además de los requisitos expuestos con anterioridad, su formación en materia concursal y su compromiso de continuar la formación en esta materia, pudiendo además solicitar la inclusión en la lista de su experiencia como administradores concursales o auxiliares delegados en otros concursos, así como de otros conocimientos o formación especiales que puedan ser relevantes a los efectos de su función.

Estas listas son remitidas a los juzgados decanos por parte de los registros oficiales de auditores de cuentas y los correspondientes colegios profesionales, quienes presentarán, en el mes de diciembre de cada año, para su utilización desde el primer día del año siguiente, los respectivos listados de personas disponibles, incluidas las personas jurídicas. Los

profesionales cuya colegiación no resulte obligatoria podrán solicitar, de forma gratuita, su inclusión en la lista en ese mismo período justificando documentalmente la formación recibida y la disponibilidad para ser designados. Igualmente las personas jurídicas podrán solicitar su inclusión, reseñando los profesionales que las integran y, salvo que ya figuraran en las listas, su formación y disponibilidad.

Finalmente, los jueces de lo mercantil, a la hora de dictar un auto de declaración de concurso, habrán de designar un administrador concursal de entre los incluidos en las listas procurando una distribución equitativa. No obstante, el juez podrá, apreciándolo razonadamente, designar a unos concretos administradores concursales, aunque no sea tan equitativa la distribución por haber sido nombrados más a menudo en el juzgado de que se trate, cuando el previsible desarrollo del proceso exija una experiencia o unos conocimientos o formación especiales, como los vinculados a asegurar la continuidad de la actividad empresarial o que se puedan deducir de la complejidad del concurso.

Para concursos ordinarios deberá designar a quienes acrediten su participación como administradores o auxiliares delegados en otros concursos ordinarios o, al menos, tres concursos abreviados, salvo que el juez considere, de manera motivada, idónea la formación y experiencia de los que designe en atención a las características concretas del concurso.

3.2. RÉGIMEN DE INCAPACIDADES Y PROHIBICIONES

Hay casos en los que, a pesar de concurrir los requisitos exigidos para ello en las personas a designar como administrador concursal en un determinado procedimiento concursal, no podrán desempeñar tal cargo, por darse en ellos una serie de causas de incapacidad, incompatibilidad o prohibición:

De esta manera, no podrán ser nombrados administradores concursales (art. 28 LC):

1. Quienes no puedan ser administradores de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, ni quienes hayan prestado cualquier clase de servicios profesionales al deudor o a personas especialmente relacionadas con éste en los últimos tres años, incluidos aquellos que durante ese plazo hubieran compartido con aquél el ejercicio de actividades profesionales de la misma o diferente naturaleza.
2. Los que se encuentren, cualquiera que sea su condición o profesión, en alguna de las situaciones a que se refiere el artículo 51 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, en relación con el propio deudor, sus directivos o administradores, o con un acreedor que represente más del 10 % de la masa pasiva del concurso.
3. Los abogados, auditores, economistas o titulados mercantiles que hubieran sido designados para dicho cargo por el mismo juzgado en tres concursos dentro de los dos años anteriores. A estos efectos, los nombramientos efectuados en concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo de empresas se computarán como uno solo. Esta limitación no se aplicará en el caso de las personas jurídicas, ni en aquellos casos en que no existan suficientes profesionales disponibles en la lista correspondiente.

4. Quienes hubieran sido separados de este cargo dentro de los dos años anteriores, ni quienes se encuentren inhabilitados por sentencia firme de desaprobación de cuentas en concurso anterior.

5. En un mismo concurso, quienes estén entre sí vinculados personal o profesionalmente. Para apreciar la vinculación personal se aplicarán las reglas establecidas en el artículo 93 de la LC. Se apreciará vinculación profesional, en cambio, en las personas entre las que existan, o hayan existido en los dos años anteriores a la solicitud del concurso, de hecho o de derecho, relaciones de prestación de servicios, de colaboración o de dependencia, cualquiera que sea el título jurídico que pueda atribuirse a dichas relaciones.

6. Quien, como experto independiente, hubiera emitido el informe favorable en relación con un acuerdo de refinanciación que hubiera alcanzado el deudor antes de su declaración de concurso.

El nombramiento de administrador concursal será comunicado al designado por el medio más rápido. Dentro de los cinco días siguientes al de recibo de la comunicación, el designado deberá comparecer ante el juzgado para acreditar que tiene suscrito un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente proporcional a la naturaleza y alcance del riesgo cubierto en los términos que se desarrollen reglamentariamente, para responder de los posibles daños en el ejercicio de su función y manifestar si acepta o no el encargo. Cuando el administrador concursal sea una persona jurídica recaerá sobre ésta la exigencia de suscripción del seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente. De concurrir en el administrador concursal alguna causa de recusación, estará obligado a manifestarla. Aceptado el cargo, el secretario judicial expedirá y entregará al designado documento acreditativo de su condición de administrador concursal.

Este mismo régimen de incompatibilidades y prohibiciones será aplicable a los auxiliares delegados. Los auxiliares delegados son aquellas personas en las que han de concurrir los mismos requisitos que para ser nombrado administrador concursal, y que son nombrados por el juez a petición de estos cuando voluntariamente lo solicitan para ser ayudados en su labor, bien de forma genérica, bien para la realización de determinadas tareas, siempre por delegación del administrador concursal; o bien, cuando obligatoriamente prevea la ley hayan de ser nombrados.

El nombramiento de, al menos, un auxiliar delegado será obligatorio:

1. En empresas con establecimientos dispersos por el territorio.
2. En empresas de gran dimensión.
3. Cuando se solicite prórroga para la emisión del informe.
4. En concursos conexos en los que se haya nombrado una administración concursal única.

Estarán retribuidos con cargo a los aranceles de la administración concursal, y sometidos además, a su mismo régimen de recusación y responsabilidad.

El nombramiento de los auxiliares delegados se realizará sin perjuicio de la colaboración con los administradores concursales del personal a su servicio o de los dependientes del deudor.

3.3. ESTATUTO JURÍDICO DEL ADMINISTRADOR CONCURSAL: RETRIBUCIÓN. RESPONSABILIDAD

La LC, en los artículos 34 a 39, regula el Estatuto jurídico del administrador concursal, y dentro del mismo, (i) su retribución, (ii) el ejercicio del cargo, (iii) su régimen de responsabilidad, (iv) la separación del cargo, y (v) el régimen de los nuevos nombramientos en caso de cese del administrador concursal.

(i) En primer lugar, y en relación a la *retribución* de la administración concursal, se regula la determinación de su cuantía mediante un arancel que se aprobará reglamentariamente y que atenderá a la cuantía del activo y del pasivo, al carácter ordinario o abreviado del procedimiento, a la acumulación de concursos y a la previsible complejidad del concurso. En todo caso, se prevé que el arancel habrá de ajustarse necesariamente a las siguientes reglas:

—Exclusividad. Los administradores concursales solo podrán percibir por su intervención en el concurso las cantidades que resulten de la aplicación del arancel.

—Limitación. La administración concursal no podrá ser retribuida por encima de la cantidad máxima que se fije reglamentariamente para el conjunto del concurso.

—Efectividad. En aquellos concursos en que la masa sea insuficiente, se garantizará el pago de un mínimo retributivo establecido reglamentariamente, mediante una cuenta de garantía arancelaria que se dotará con aportaciones obligatorias de los administradores concursales.

Estas dotaciones se detraerán de las retribuciones que efectivamente perciban los administradores concursales en los concursos en que actúen en el porcentaje que se determine reglamentariamente.

El juez, previo informe de la administración concursal, fijará por medio de auto y conforme al arancel la cuantía de la retribución, así como los plazos en que deba ser satisfecha. En cualquier estado del procedimiento, el juez, de oficio o a solicitud de deudor o de cualquier acreedor, podrá modificar la retribución fijada, si concurriera justa causa y siempre aplicando el arancel

(ii) Por su parte, en relación al *ejercicio del cargo de administrador concursal*, los administradores concursales y los auxiliares delegados deben ejercer su cargo con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal. Cuando la administración concursal esté integrada por dos miembros, las funciones de este órgano concursal se ejercerán de forma conjunta, adoptándose las decisiones de forma mancomunada, salvo para el ejercicio de aquellas competencias que el juez les atribuya individualizadamente, lo que no suele ser frecuente. En caso de disconformidad de criterio entre los administradores concursales, resolverá el juez.

Las decisiones y los acuerdos de la administración concursal que no sean de trámite o de gestión ordinaria se consignarán por escrito y serán firmados, en su caso, por todos sus miembros. Se elimina, tras la reforma de 2011, la exigencia formal de documentación de las mismas en un libro de actas legalizado por el secretario judicial del juzgado de lo mercantil que conozca del procedimiento concursal.

La administración concursal ejerce además su cargo sometida a la supervisión del juez del concurso, quien podrá, en cualquier momento del procedimiento, requerirle una información específica o una memoria sobre el estado de la fase del concurso.

(iii) En relación a la *responsabilidad* de los administradores concursales, es necesario tener presente que los administradores concursales y los auxiliares delegados responderán frente al deudor y frente a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la Ley o realizados sin la debida diligencia. La responsabilidad de los administradores concursales es solidaria entre sí, si hubiera más de uno, y con los auxiliares delegados, con respecto a los actos y omisiones lesivos que hubieran podido llevar a cabo.

Sólo podrán exonerarse de dicha responsabilidad en caso de que logren acreditar haber empleado toda la diligencia debida para prevenir o evitar el daño.

La acción de responsabilidad, que se sustanciará por los trámites del juicio declarativo que corresponda, ante el juez que conozca o haya conocido del concurso, prescribirá a los cuatro años, contados desde que el actor tuvo conocimiento del daño o perjuicio por el que reclama y, en todo caso, desde que los administradores concursales o los auxiliares delegados hubieran cesado en su cargo. Si la sentencia contuviera condena a indemnizar daños y perjuicios, el acreedor que hubiera ejercitado la acción en interés de la masa tendrá derecho a que, con cargo a la cantidad percibida, se le reembolsen los gastos necesarios que hubiera soportado.

Así mismo, sin perjuicio de lo anterior, y en adición a ello, los acreedores y los terceros que vean lesionados directamente sus intereses por actos u omisiones de los administradores concursales y auxiliares delegados, conservarán cuantas acciones ordinarias les pudieran corresponder conforme a derecho.

(iv) En cuanto al régimen de *separación*, la LC prevé que, cuando concurra justa causa, el juez, de oficio o a instancia de cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso o de cualquiera de los demás miembros de la administración concursal, podrá separar del cargo a los administradores concursales o revocar el nombramiento de los auxiliares delegados.

(v) Como consecuencia del cese de un administrador concursal, el juez ha de llevar a cabo un *nuevo nombramiento* de inmediato de otra persona que lo sustituya. Si el cesado fuera el representante de una persona jurídica administradora, el juez requerirá la comunicación de la identidad de la nueva persona natural que haya de representarla en el ejercicio de su cargo. Al cese y nuevo nombramiento se dará la misma publicidad que hubiera tenido el nombramiento del administrador concursal sustituido. En caso de cese del administrador concursal antes de la conclusión del concurso, el juez le ordenará rendir cuentas de su actuación. Esta rendición de cuentas se presentará por el administrador concursal dentro del plazo de un mes, contado desde que le sea notificada la orden judicial, y será objeto de los mismos trámites, resoluciones y efectos previstos para las rendiciones de cuentas a la conclusión del concurso.

CASO PRÁCTICO

format:sangrado:izq

La sociedad MIPHARMA, SA ha sido incapaz este mes de pagar las nóminas a los trabajadores. Además, tiene deuda con el Banco CHS por valor de tres millones de euros por un préstamo suscrito hace un año, del que ha impagado ya varias cuotas por valor de quinientos mil euros, con la Caja de Ahorros del Norte por valor de dos millones de euros en virtud de un préstamo hipotecario, del que ya ha impagado cien mil euros, con el Banco Itálico por un préstamo impagado en su totalidad que asciende a cuatrocientos mil euros, y con más de veinte proveedores, adeudando a cada uno de ellos la cantidad de cinco mil euros. El administrador único de la compañía está muy preocupado, y ha desarrollado un plan en virtud del cual se va a vender un inmueble a uno de sus socios a la mitad de su valor de mercado para obtener algo de tesorería, si bien, no recibirán el precio hasta dentro de seis meses.

format:sangrado:izq

Contesta a las siguientes preguntas:

1. ¿Informarías favorablemente a la propuesta que quiere llevar a cabo? Razona tu respuesta y, en caso de ser ésta negativa, explica qué podrías aconsejarle.
2. ¿Qué sucedería si, estando en situación de concurso, lo solicitara antes un acreedor?
3. ¿Podríamos acudir a una solución paraconcurzal con carácter previo? En este caso, explicar cuáles serían los requisitos concretos para este caso que se le exigirían a MIPHARMA.
4. La empresa, a pesar de que intenta llegar a una solución paraconcurzal no lo consigue, no puede refinanciar porque no le apoyan suficientes acreedores. ¿Qué tiene que hacer ahora?
5. El administrador único de la compañía quiere saber cómo se va a ver afectado por el nombramiento del administrador concursal una vez declarado el concurso. Infórmale debidamente.

-

BIBLIOGRAFÍA

format:sangrado:fran

ÁLVAREZ VEGA, M. I., «Soluciones concursales y paraconcursales a la crisis de la empresa. La función conservativa del concurso de acreedores en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal», *Revista de Derecho Privado*, Núm. 9-10/2004, septiembre 2004.

format:sangrado:fran

BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M., *Los problemas de la Ley Concursal*, Congreso español de Derecho, Civitas, Madrid, 2009.

format:sangrado:fran

FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El régimen jurídico preconcurzal de los acuerdos de refinanciación (DA 4ª LC). Propuesta de reforma legislativa*, Colegio de Registradores de la Propiedad, 2010.

format:sangrado:fran

HUALDE LÓPEZ, I., *Régimen jurídico de la administración concursal*, Civitas, Madrid, 2009.

format:sangrado:fran

PACHECO GUEVARA, A., *La administración concursal*, Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2009.

format:sangrado:fran

RUIZ DE VELASCO, A., *Manual de Derecho Mercantil*, Publicaciones Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2005.

TEMA 10

Las masas activa y pasiva en el concurso de Acreedores

ABEL B. VEIGA COPO

Profesor de Derecho Mercantil. Universidad Pontificia Comillas

SUMARIO

1. Introducción
 2. La delimitación de la masa activa
 3. La masa pasiva
 - 3.1. Insinuación de créditos. La formación del pasivo y su verificación.
 - 3.2. El reconocimiento de créditos
 - 3.3. La impugnación de créditos
 - 3.3.1. La lista de acreedores y la impugnación de la misma
 4. La clasificación de créditos
 - 4.1. Los créditos ordinarios
 - 4.2. El crédito privilegiado
 - 4.2.1. Los privilegios especiales
 - 4.2.2. Los privilegios generales
 - 4.3. Los créditos subordinados
- Caso práctico
Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

La declaración del concurso provoca o hace surgir la masa activa de bienes o patrimonio y la masa pasiva de acreedores del concursado. Ambas, son dos agrupaciones, dos colectividades o agregaciones, una de personas -acreedores concursales-, otra de patrimonio, conjunto de bienes y derechos, que conforman dos de las operaciones trascendentales del concurso de acreedores y por tanto del procedimiento mismo. La masa no reviste personificación jurídica alguna, no tiene derechos, tampoco obligaciones. Es un agregado de pretensiones patrimoniales verificado, reconocido por la administración concursal, que buscan una satisfacción concursal. La una, la masa activa, es el conjunto de bienes y derechos que integran el patrimonio del concursado y que permitirá en su caso, satisfacer a la mayor parte de los acreedores, bien llegando a un acuerdo o convenio, bien a través de la liquidación de esos bienes. Bienes muebles, inmuebles, inmateriales y derechos así como también pretensiones jurídicas. La otra, la masa pasiva, es la colectividad de acreedores que concurren a la solución concursal, con una vocación instrumental y holística. Integrar a todos los acreedores bajo el paraguas de la masa pasiva, tanto formal como sustantivamente de cara a reconocer y verificar su crédito en primer lugar, y, en segundo lugar, y dentro del parámetro idea-valor en que se ha convertido la *par condicio creditorum*, situar jerarquizada y escalonadamente a esa totalidad de acreedores que titulan créditos anteriores a la declaración del concurso. Ambas masas abren la sección tercera y cuarta del procedimiento concursal.

Las pretensiones de los acreedores que concurren y son reconocidos en el procedimiento concursal sólo pueden satisfacerse con los bienes y derechos del insolvente. Es el patrimonio

de ese concursado el que facilitará o una u otra solución en el concurso pero también la medida real de la posibilidad de cobro de sus créditos por parte de los acreedores. Cuanto más robusto, dentro del endeudamiento generalizado en que se halla el patrimonio del deudor concursado, mayores serán las posibilidades de cobro. Y siendo el patrimonio la piedra angular del procedimiento y responsabilidad del concursado, la Ley limita, con el auto que declara el concurso de acreedores, limita, cercena las facultades de disposición y administraciones de los bienes y derechos del concursado, bien en un grado mínimo, a través de la intervención y donde el deudor necesitará la autorización para actuar sobre sus bienes, bien a través de un grado máximo, con la sustitución por la administración concursal en sus facultades patrimoniales. El concursado queda desapoderado en aras de una finalidad clara, la tutela de ese patrimonio en vista a obtener la solución concursal: convenio o liquidación.

El patrimonio del deudor concursado puede, a su vez, desagregarse en dos categorías. Todo él se constituye por el conjunto de activos, bienes o derechos, con un valor económico. Y todo deudor, dentro de la garantía genérica universal que en definitiva se subsume dentro del principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código civil, responde con sus bienes presentes y futuros. Pero no todos los bienes que integran el patrimonio del deudor pueden ser realizados o satisfechos en el concurso. En efecto, aquellos bienes que son inherentes a la persona y poseen un carácter no patrimonial no se integran en la masa activa, al ser inalienables y conformar lo que se denomina patrimonio personal o libre del concursado. La masa activa crea y es un patrimonio separado con finalidad de satisfacción de los acreedores. Es el patrimonio puramente concursal o masa activa del concurso. Cuanto mayor sea éste mayores serán las posibilidades de cobro de los acreedores. Pero no todos los bienes y activos que componen en un momento dado el patrimonio del deudor son titularidad suya, al no haber sido transmitidos por un título legal e irrevocable, piénsese en bienes que están en depósito, custodia, o que son arrendados, ni tampoco son todos los que están porque se hallan en otros patrimonios por ejemplo o porque salieron indebidamente del patrimonio del deudor ante la inminencia concursal.

Por su parte, la masa pasiva sitúa y clasifica las pretensiones patrimoniales de aquellos acreedores inmediatamente anteriores al auto que declara el concurso en el lugar que les corresponde conforme a la clasificación de créditos establecidos en la norma concursal. En suma, buscar y perimetrar la integración en el universo concursal es el fin y resultado de la masa pasiva. Una masa única, que parte y concluye desde y hacia la unicidad de la misma. Y como aquella, parte de un principio de universalidad, de integración universal. Es única y no cabe subdividirla en submasas como si cada una de ellas fuesen compartimentos estancos. Y habrá créditos que no la integrarán, que no se revestirán del ropaje de la concursalidad pese a la primera advocación universal e integrativa de todos los créditos conforme a los cánones del artículo 49 de la norma concursal.

La masa pasiva concursal la compondrán todos aquellos acreedores existentes en el momento de la declaración del concurso, siendo los que nazcan a partir de este momento, acreedores no concursales, o lo que es lo mismo, extraconcursoales, créditos contra la masa. Dejamos ahora al margen las actualizaciones de la lista de acreedores que se produce en el caso de una reapertura de concurso. Determinar la misma es una operación compleja y amplia. Se suceden distintas fases hasta que la misma es definitiva, desde la comunicación del concurso, pasando por la insinuación, para llegar al reconocimiento en sus dos modalidades y la lista provisional de acreedores confeccionada por la administración concursal, para concluir con el fenómeno de la impugnación de la misma ante el juez del concurso y a través del cauce del incidente

concurzal. La propia exposición de motivos de la norma concurzal es polivalente a la hora de hablar de la masa y condicionarla, o al menos situarla en la dimensión del interés concurzal, al referirse de un lado al interés del deudor y, de otro, interés de la masa pasiva, masa a cuyo servicio se brindan y buscan las soluciones concursales.

Quedan pues, al margen, los créditos contra la masa, los que hacen posible el procedimiento, y constituyen el coste y los gastos del concurso, y que escapan a la verificación con independencia de que los mismos se anexas a la lista de acreedores y pueden ser impugnados. Igualmente, quedan fuera de la satisfacción concurzal y, por lo tanto de la masa pasiva, aquellos titulares de créditos que puedan obtener satisfacción aisladamente o sobre determinados bienes que previamente han detruido del patrimonio del deudor a través de por ejemplo garantías reales, en función eso sí, o bien de decisiones legales como es el caso del artículo 76.3 de la Ley Concursal y respecto a los titulares de créditos con privilegios sobre los buques y las aeronaves; de otra parte, y a pesar del genérico principio de prohibición de iniciación de toda ejecución singular en el concurso, aquellos créditos cuyos titulares puedan continuar una ejecución ya iniciada *ex ante* que la propia declaración de concurso, así como, los acreedores titulares de créditos con garantía real cuando al tiempo de la apertura del procedimiento ya hubieren o estuvieren publicados los anuncios de subasta del bien afecto o en su caso derecho y la ejecución recaiga sobre bienes no necesarios para la continuidad de la actividad empresarial del concursado, tal y como asevera el artículo 56.2 de la norma. Tampoco integrarán la masa pasiva aquellos acreedores cuyos créditos gozasen de garantía real sobre bienes que no sólo no sean necesarios sino que tampoco estén afectos a la actividad empresarial del concursado, por lo que por esta vía el grado de resistencia o inmunización del acreedor garante frente al concurso es total, lo que no obsta quizás a que el objeto de la garantía sean tanto bienes de alto valor, piénsese por ejemplo en la cartera de valores dinámica que puede tener un deudor concursado y que nada tiene que ver con el objeto de su actividad profesional o empresarial.

De igual modo no se integrarán en la masa pasiva y por tanto se permitirá la continuación de aquellas ejecuciones ya iniciadas de índole administrativa siempre que se hubiere dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieren embargado bienes del deudor, siempre eso sí, que tales bienes no estuvieren afectos a la continuidad de la empresa. Exige la ley al menos en un intento de dotar de cierta funcionalidad y coherencia argumentativa al ser excepción al principio general de la integración en la masa pasiva, que la continuidad de las ejecuciones exija una premisa básica, a saber, que el embargo decretado por la administración o autoridad administrativa y por el juez de lo laboral fuese, de un lado, anterior al concurso o declaración del mismo y, de otro lado, que los bienes o derechos embargados no sean necesarios para la continuidad de la actividad empresarial conforme a los dictados del artículo 44 de la norma concurzal.

Tampoco se integrarán en la masa pasiva aquellos créditos en los que el acreedor sea el cónyuge casado en régimen de gananciales o de cualesquiera otra comunidad de bienes, aun incluso en el supuesto de que esos créditos lo fueren a cargo de la comunidad conyugal, tal y como asevera el dictado del propio artículo 84.1 concurzal. Adviértase incluso que en este caso se está hablando o inquiriendo a una sociedad legal de gananciales o comunidad de bienes matrimoniales, pero no de convivencia *more uxorio* o de análoga relación de afectividad, como sí en cambio hace el legislador cuando subordina créditos por ser persona especialmente relacionada con el deudor concursado.

Será la administración concursal la que conformará ambas masas, la activa y la pasiva, las radiografiará, las perimetrará a través del inventario de bienes y derechos y a través de la lista de acreedores provisional que devendrá definitiva tras la subfase de impugnación de la misma y ratificación del juez del concurso.

2. LA DELIMITACIÓN DE LA MASA ACTIVA

La formación o constitución de la masa activa se rige por los principios de universalidad y de ejecutabilidad. Ambos principios delimitan y concretan efectivamente lo que es y lo que ha de entenderse por masa activa. Todos aquellos bienes y derechos, sean éstos presentes o lo sean futuros, sean ciertos o razonables expectativas de derechos (piénsese por ejemplo en las expectativas de cumplimiento de la otra parte *-in bonis-* en un negocio jurídico), que son susceptibles de ejecución. Si un bien no puede ejecutarse por una restricción, causa o voluntad legal, no conformará parte de la masa activa. Un bien o un derecho formarán parte de la masa activa primero, si pertenecen al deudor, esto es, la posesión dimana de un título legal e irrevocable de propiedad. Segundo, que el bien tenga naturaleza y carácter patrimonial, pues solo de este modo puede ejecutarse en su caso, y proporcionar viabilidad a la satisfacción concursal. Y finalmente, que esos activos, bienes o derechos puedan ser realizables, ser susceptibles de uso y realización, cuestión que no sucede con bienes inembargables y afectos a los derechos de la personalidad.

No han de confundirse empero estas reglas, integración universal de bienes y derechos, con las más restringidas que informan el inventario de la masa activa que ha de elaborar la administración concursal, pues éste ha de limitarse a reflejar la situación patrimonial del concursado en una fecha fija, la de su cierre, que a su vez será la del día anterior a la emisión del informe por la administración concursal. En el inventario de la masa activa se incluirá única y exclusivamente los derechos que hubieran nacido a la vida jurídica con anterioridad a la ese preciso momento, sin posibilidad e incluir en él derechos futuros o derecho expectante. Bienes o derechos que, además han de ser valorados por la administración concursal con arreglo a su valor de mercado como expresión de una realidad actual, lo que no impide que se introduzcan correcciones valorativas si las mismas proceden. Los bienes que integran la masa activa no solo serán los presentes, también los futuros, bien sea través de la intervención de la administración concursal (piénsese en el ejercicio de las acciones rescisorias), bien a través del propio concursado en función de las actividades llevadas a cabo por el propio deudor concursado con autorización de la administración en caso de intervención. No cabe duda que todos aquellos bienes o derechos que reciba el deudor en su condición de heredero, o de legatario, o por negocios gratuitos *inter vivos*, como es una donación, integrarán y aportarán valor a la masa activa, adoptando además un rol o papel meramente pasivo. Incluso la propia actividad del concursado puede aportar activos y valor a la masa activa a pesar de la existencia de las limitaciones en la administración y disposición de sus bienes. Piénsese en aquellos supuestos donde el concursado puede sin embargo continuar desarrollando ciertas actividades, por ejemplo, la abogacía, la arquitectura, la odontología, en cuando profesional liberal a pesar de estar en concurso o haber concursado una empresa de las varias o única que titulaba. El concursado no queda inhabilitado por el auto que declara el concurso para no realizar una actividad empresarial. Nada le impide que intente o trate al menos de hacerlo, desarrollar una nueva actividad empresarial. La inhabilitación procederá, concursalmente, en

el supuesto de que el concurso, abierta la sección sexta, sea calificado como culpable.

Delimitar la masa activa implica realizar una serie de actividades que perfilen su extensión y amplitud, bien sean separando y entregando bienes que no son titularidad del deudor concursado pero que éste poseía, bien reintegrando al patrimonio del concurso aquellos bienes y derechos que nunca debieron salir del patrimonio del deudor. Así las cosas, declarado el concurso, e intervenido o suspenso y sustituidos de sus facultades patrimoniales el concursado, la administración concursal podrá encontrarse con bienes y derechos que no pertenecen al deudor y sí a un tercero pero que están en posesión de aquél. Estos bienes y derechos no pueden soportar la carga de ser satisfechos en el concurso de acreedores del deudor insolvente. Tienen derecho a la recuperación de esos bienes ejercitando el derecho de separación que otorga la norma concursal (art. 80 Ley Concursal) y probando su titularidad dominical. El deudor concursado gozaba hasta ese momento, también la administración concursal, de la publicidad posesoria y en su caso registral conforme a los dictados de los artículos 448 Código civil y 38 Ley Hipotecaria. Derecho de separación del tercero titular dominical que puede coexistir con un derecho de uso, de garantía real o facultad retentoria por parte del deudor concursado y que complejiza la realización de la *separatio ex iure domini*. El deudor y, en su caso, la administración concursal, tienen un deber de custodiar y conservar esos bienes en tanto en cuanto no se separen de la masa activa.

Ahora bien, no siempre el titular del bien podrá recuperar efectivamente la posesión del bien. Ciertamente la Ley concursal estatuye en los artículos 80 y 81 el ejercicio del derecho de separación del *verus dominus* así como las consecuencias de la imposibilidad de recuperar el bien o derecho que era de su propiedad, transformando su pretensión a la restitución en un crédito, que paradójicamente, se califica como ordinario. El artículo 81 es taxativo cuando establece que si los bienes y derechos susceptibles de separación hubieran sido enajenados por el deudor antes de la declaración de concurso a tercero de quien no puedan reivindicarse, el titular perjudicado podrá optar entre exigir la cesión del derecho a recibir la contraprestación si todavía el adquirente no la hubiere realizado, o comunicar a la administración judicial, para su reconocimiento en el concurso, el crédito correspondiente al valor que tuvieran los bienes y derechos en el momento de la enajenación o en otro posterior, a elección del solicitante, más el interés legal. Asimismo la Ley reconoce que el crédito que resulte a favor del titular perjudicado tendrá la consideración de crédito concursal. Tal y como se configura el ejercicio del derecho de separación en la Ley Concursal no se prevé un plazo específico para solicitar la separación, de modo que el titular del bien hará o podrá hacer valer su derecho en cualquier momento del procedimiento concursal, con el lógico límite que la acción que dimana del propio derecho ya hubiere prescrito.

Así las cosas, los problemas comienzan cuando el titular del bien no puede ejercer su derecho de separación dado que el concursado ha transmitido el bien o derecho a un tercero irrevindicable, que goza de la posesión en bienes muebles o de la inscripción en el caso de inmuebles, o en caso de ser un título valor de su endoso y entrega a su favor. En efecto, si antes de la declaración del concurso el deudor ha transmitido o enajenado a un tercero el bien o derecho que es objeto de la pretensión de separación, ésta deviene inviable y a la vez ineficaz si el tercero adquirió onerosamente y de buena fe (art. 464 CC y 85 CCom). La Ley brinda en estos supuestos como solución al *verus dominus* desposeído y sin posibilidad de recuperar el bien ya titularidad de un tercero irrevindicable, dos soluciones. De un lado, la de sustituir el bien por el derecho a la contraprestación, y la segunda, otorgar un crédito concursal equivalente al valor del bien o derecho que no se puede restituir. Irrevindicable el

bien, el derecho a la separación se transforma en una suerte de subrogación a la contraprestación que el tercero ha de satisfacer al concursado si es que todavía no lo ha hecho, y en último recurso, y ante la infructuosidad de ésta, restará al titular del derecho la comunicación de su crédito al concurso. Opción ésta que cobrará cuerpo cuando el tercero sí hubiere satisfecho su contraprestación al concursado. Si bien no obstaculiza el artículo 81 la reclamación directa del valor del bien por parte del titular aun cuando el tercero todavía no hubiere satisfecho la contraprestación. Adviértase que el valor del bien puede ser diferente del montante de la contraprestación debido, pudiendo el titular del derecho de separación optar por uno u otro. Y será él quien decidirá por una u otra vía, y por un valor u otro. Es él quien optará bien por el valor del bien en el momento de la transmisión bien por el que tenga en el momento de entablar el derecho de separación y siempre con el interés legal del dinero.

Resta finalmente una última valoración del artículo 81. 2 de la Ley Concursal. La misma establece que el titular del derecho de separación al convertirse en acreedor concursal tiene la carga de comunicar a la administración concursal la valoración del crédito que realice con arreglo a alguno de los criterios del art. 81.1 in fine de la norma. Ahora bien, es competencia de la administración reconocer los créditos, y dentro del reconocimiento indudablemente habrá una referencia expresa a la cuantía del crédito mismo, pero ésta nunca puede venir impuesta por el acreedor, salvo que así se acredite y justifique. Por tanto, la fecha a tener en cuenta para comunicar el crédito no es la de la aceptación de la valoración, sino de la pretensión del titular del derecho de separación que por unos u otros motivos no puede recuperar la posesión de la cosa.

La otra cara de la moneda en la configuración y determinación de la masa activa lo constituyen las acciones de reintegración. En efecto, integran la masa activa tal y como señala el artículo 76 Ley Concursal, los bienes y derechos que sean patrimonio del deudor a la fecha de declaración del concurso y los que se reintegren o adquiera hasta la conclusión del procedimiento. A través de las acciones rescisorias, la administración concursal busca que todos aquellos actos de dominio y disposición de bienes realizados por el deudor durante un período de tiempo inmediatamente anteriores al auto que declare el concurso de acreedores sean anulados. De este modo y protegiendo a los acreedores terceros se busca que vuelvan al patrimonio del deudor concursado bienes que han salido o sido enajenados por este en fechas próximas a la declaración concursal. El efecto de la rescisoria concursal es dejar ineficaz el acto por el cual salió del patrimonio del deudor un determinado bien o derecho. Se anula un negocio jurídico que no tiene vicios de la voluntad. Una acción rescisoria no es una acción de nulidad. En la nulidad la finalidad de la acción es tutelar a una de las partes del contrato que ha sufrido vicios en la contratación. Con la rescisoria que sólo opera respecto de los actos realizados por el concursado dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso de acreedores se protege el patrimonio, su integridad en busca de la indemnidad de los terceros acreedores. Con un límite temporal infranqueable, como máximo dos años, y siempre que se pruebe que estamos ante actos perjudiciales para la masa activa, y por ende, para los intereses del concurso y sobre todo, de los acreedores que componen la masa pasiva, procederá el entablamiento de la acción rescisoria. Se deja en un segundo plano la intención de defraudar y distraer bienes a través de negocios jurídicos con causa o finalidad distinta, simulada, indirecta a la real. La rescisoria se engarza e inserta, con lo que su naturaleza se adhiere dentro de un procedimiento concursal que tiene como finalidad traer a la masa lo que indebidamente nunca debió salir de ella con la intención de perjudicar y debilitar a los acreedores.

De este modo, declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta. La ley no niega la prueba en contrario, ahora bien, se presume el perjuicio patrimonial, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real.

La norma concursal presume el perjuicio patrimonial, salvo prueba en contrario, en todos aquellos actos o negocios dispositivos que, de un lado se hubieren realizado a título oneroso a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado (véase artículo 93 tanto personas físicas como jurídicas, familiares, etc.); de otro lado, los actos o negocios que consistan en la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas. Y finalmente, se presume perjuicio, en los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso. Salvo en estos supuesto que gozan de un presunción objetiva y automática, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria.

Salva la norma concursal del ámbito operativo de la rescisoria todos aquellos actos que correspondan con la gestión ordinaria de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales. Los actos comprendidos en el ámbito de Leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados. Así como, todas aquellas garantías constituidas a favor de los créditos de Derecho Público y a favor del FOGASA en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica.

De igual modo y relacionando la eficacia de la acción rescisoria en aras de la reintegración con la posibilidad de acuerdos de refinanciación y reflotamiento de la empresa, ex artículo 5 de la norma concursal, tras sendas reformas tanto la de 2009 como la de 2011, tampoco podrán ser objeto de rescisión los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor, así como los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, cuando en virtud de éstos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo y que con anterioridad a la declaración del concurso, el acuerdo haya sido suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación. En el caso de acuerdos de grupo, el porcentaje señalado se calculará tanto en base individual, en relación con todas y cada una de las sociedades afectadas, como en base consolidada, en relación con los créditos de cada grupo o subgrupo afectados y excluyendo en ambos casos del cómputo del pasivo los préstamos y créditos concedidos por sociedades del grupo. De igual modo, siempre que el acuerdo haya sido informado favorablemente por un experto independiente designado a su prudente arbitrio por el registrador mercantil del domicilio del deudor conforme a lo previsto en el Reglamento del Registro Mercantil.

Si el acuerdo de refinanciación afectara a varias sociedades del mismo grupo, el informe

podrá ser único y elaborado por un solo experto, designado por el registrador del domicilio de la sociedad dominante, si estuviera afectada por el acuerdo o en su defecto por el del domicilio de cualquiera de las sociedades del grupo. El informe del experto contendrá un juicio técnico sobre la suficiencia de la información proporcionada por el deudor, sobre el carácter razonable y realizable del plan en las condiciones definidas en el párrafo primero y sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo. Cuando el informe contuviera reservas o limitaciones de cualquier clase, su importancia deberá ser expresamente evaluada por los firmantes del acuerdo. La norma prescribe además, que el acuerdo de refinanciación hubiere sido formalizado en instrumento público al que se habrán unido todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores.

Están legitimados para plantear las acciones rescisorias, así como otras de impugnación, la administración concursal. Los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal el ejercicio de alguna acción, señalando el acto concreto que se trate de rescindir o impugnar y el fundamento para ello, estarán legitimados para ejercitarla si la administración concursal no lo hiciera dentro de los dos meses siguientes al requerimiento. Queda al margen la impugnabilidad de los acuerdos de refinanciación ex artículo 71.6 que sólo podrá realizarse por la administración concursal. Legitimador pasivo será el deudor así como quienes hubieren sido parte en el acto impugnado. Si el bien que se pretenda reintegrar hubiera sido transmitido a un tercero, la demanda también deberá dirigirse contra éste cuando el actor pretenda desvirtuar la presunción de buena fe del adquirente o atacar la irreivindicabilidad de que goce o la protección derivada de la publicidad registral.

Las acciones rescisorias y demás de impugnación se tramitarán por el cauce del incidente concursal. Las demandas interpuestas por los legitimados subsidiarios se notificarán a la administración concursal.

La finalidad sin duda de las rescisorias no es otra que la de situar al deudor concursado en la misma posición y con idéntico patrimonio al que tenía antes de realizar tales actos dispositivos. El éxito de la rescisoria significa el reintegro de aquellos bienes y derechos que salieron indebidamente así como los intereses y frutos que los mismos hubiesen generado. Si además el tercero acreedor que negoció y formó parte del acto o negocio rescindido hubiere actuado con mala fe, dado que a estos efectos el fraude o mala fe del deudor no es relevante, su hipotético crédito frente al concurso sería subordinado. Así y tal como señala el artículo 73 la sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses.

Si los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor no pudieran reintegrarse a la masa por pertenecer a tercero no demandado o que, conforme a la sentencia, hubiera procedido de buena fe o gozase de irreivindicabilidad o de protección registral, se condenará a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieron cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal; si la sentencia apreciase mala fe en quien contrató con el concursado, se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa.

El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciase mala fe en el acreedor, en cuyo caso se

considerará crédito concursal subordinado.

3. LA MASA PASIVA

La masa pasiva no tiene personalidad jurídica, no es más que una unión de acreedores, de sujetos que se ven obligados a pasar por un procedimiento en el que probablemente no se dé satisfacción a la totalidad de sus intereses, de sus pretensiones. Y esa unión es universal, dado que se parte de un principio de integración, si bien el mismo no es forzoso en su complitud al admitirse ciertas excepciones a la concursalidad del crédito como ya hemos visto, y donde todos los acreedores tienen que ser concursales si quieren buscar o intentar al menos una satisfacción a sus demandas, a sus créditos, incluso aquellos que titulen garantías reales y personales, al margen de las excepciones tasadas, exclusivas y excluyentes que trazó, quizás excesivamente benevolente y permisivo el legislador. Es lo que es, un precipitado necesario auspiciado por un hecho procesal. A diferencia de la masa activa que es un patrimonio, eso sí, patrimonio del deudor concursado, la masa pasiva es un agregado de deudas de ese mismo deudor. Ambas son tamizadas por el filtro de la administración concursal, la posibilidad de argüir mecanismos impugnatorios por parte de quienes interesen y acrediten esos intereses en el procedimiento y ratificados definitivamente por el juez.

La masa pasiva concursal la compondrán todos aquellos acreedores existentes en el momento de la declaración del concurso, siendo los que nazcan a partir de este momento, acreedores no concursales, o lo que es lo mismo, extraconcursoales, créditos contra la masa. Acreedores que titulan pretensiones de carácter y contenido patrimonial y no personal. Acreedores además que están obligados a conformar la masa pasiva y existir dentro de la misma, en su esencia y contenido, en su justificación y verificación. Acreedores que se adjetivarán en función del crédito, de la esencia del mismo, pero también de sus cualificaciones preferenciales o no, legales o convencionales y que les otorgarán un *status* particular de cara a obtener una mejor e incluso en algunos supuestos extraconcursoal satisfacción, como sucede por ejemplo con los acreedores que gozan de garantía real y ésta es capaz de enervar los efectos de la atracción concursal a través de una ejecución singular fuera del concurso.

Una integración objetiva, automática y que, en algunos casos y por disposición legal, conformarán parte de la misma de un modo automático sin que previamente insinúen, y tampoco justifiquen sus pretensiones crediticias. Es el principio de la integración universal de todos los acreedores, como corolario lógico de la universalidad y vocación generalista del proceso concursal. No importa la dimensión objetiva, subjetiva, cuantitativa, contractual, extracontractual o legal del crédito, su contingencia o litigiosidad. Si se es acreedor y se puede demostrar amén de la constancia del crédito mismo en el concurso, se integra de *iure* el acreedor en la masa y por tanto en el procedimiento. Todos, absolutamente todos los acreedores con crédito anterior a la declaración del concurso integrarán la masa, salvo que ellos mismos busquen deliberadamente o no su preclusión. Lo que no impide que sin embargo, algunos acreedores puedan obtener una satisfacción extraconcursoal como ya hemos avanzado y desarrollaremos *infra* más detenidamente.

3.1. INSINUACIÓN DE CRÉDITOS. LA FORMACIÓN DEL PASIVO Y SU

VERIFICACIÓN.

La Ley Concursal ha impuesto que los acreedores en aras de hacer efectiva esa máxima de integración universal o principio de concursabilidad, insinúen, o lo que es lo mismo, soliciten formalmente ser admitidos en el listado de acreedores comunicando de modo justificado sus créditos a la administración concursal, órgano competente para reconocer y rechazar créditos. Sin concreción y especificación del crédito por parte del acreedor no sirve o no es eficaz la insinuación. Mal se puede insinuar o comunicar aquello que no se especifica.. Una comunicación que implica un actuar, un hacer, una actividad en tiempo oportuno, un acreditar, pues no de otro modo se puede, a priori, pretender hacer valer la condición de acreedor en el procedimiento concursal.

La formación del pasivo o delimitación de la masa pasiva del concurso de acreedores exige la realización de una serie de actividades, más o menos complejas, conducentes a la verificación de aquellos créditos que tienen y tendrán derecho a participar en el procedimiento. Los créditos tienen que ser comunicados por los acreedores al concurso, justificados y acreditados para que sean reconocidos, si bien la ley concursal ha establecido un doble rango y criterio, de un lado habrá créditos que gozan de reconocimiento automático y que ni siquiera haría falta comunicar, y de otro, créditos donde es esencial la tutela de los propios acreedores de sus pretensiones, comunicando y justificando «a tiempo» sus créditos para que sean reconocidos en el procedimiento y con ellos sus derechos como acreedores concursales.

Un ámbito sin duda complejo, en el que se mezclan cuestiones sustantivas y procesales no resueltas del todo por el legislador, donde existen dudas, un lacerado casuismo y unas hipótesis no previstas y donde la realidad práctica supera la legislación. Buena prueba de todo ello la exuberante jurisprudencia en materia de masa pasiva existente en estos años de vigencia de la norma concursal así como las reformas de menor o mayor calado que han tenido lugar. Jurisprudencia que a pesar de su continuada cadencia en ámbitos inferiores se ha ido armonizando últimamente y llegando a posiciones más comunes, máxime cuando no pocos recursos han empezado ya a ser resueltos por el Tribunal Supremo que ha marcado al menos en ámbito de masa pasiva unas líneas claras, sirva ahora como ejemplo algunos pronunciamientos sobre todo en la clasificación y reconocimiento de créditos públicos.

Actividad que requiere al menos a priori la participación de todo potencial interesado, a saber, quien ostente la titularidad patrimonial de una pretensión, si bien su crédito puede verse reconocido de un modo automático. También la actitud del concursado es fundamental en este aspecto, que no por ello determinante, dado que el peso recaerá sobre todo en la labor de la administración concursal.

Sin verificación -concepción ésta que abarca las dimensiones de insinuación o comunicación más la justificación de los créditos, el reconocimiento por parte de la administración concursal sea éste automático o no lo sea, así como la posibilidad de impugnación a la lista de acreedores provisional-, no hay participación en el procedimiento concursal, lo que no precluye para que esta verificación pueda, en algunos casos, ser simplificada y facilitada por voluntad o capricho legal, sin necesidad, al menos a priori, de actividad, comunicación y justificación alguna por parte del acreedor que quiere concurrir al concurso. Nada impide al acreedor que se ve beneficiado por un reconocimiento automático que tutele y cuide de la integridad de su derecho, insinuando y justificando su crédito pese a esa constancia indubitada en el concurso o en la documentación, pues el cómo y el cuánto de ese crédito puede diferir.

La comunicación de créditos, como acto procesal que es, tendrá como consecuencia la producción de una serie de efectos procesales. En efecto, como exponentes procesales destacarían, primero, la delimitación de la concreta pretensión de parte que, juntamente con la del resto de acreedores concursales, conformará el objeto jurídico del concurso; y segundo, la *mutatio libellis*, en los términos y con las matizaciones que se establecen en la Ley de Enjuiciamiento Civil, significativamente los artículos 412.2 y 426, aplicable supletoriamente conforme a la disposición final quinta de la Ley Concursal.

El acreedor concursal se somete a las reglas que el concurso fija para llevar a cabo la fase necesaria de la verificación de los créditos. Es la llave que convierte la potencialidad de la pretensión patrimonial del acreedor en una realidad concursal, haciendo efectivo y concurrente el derecho de crédito en la ejecución universal. Hasta cierto punto es lícito afirmar que el acreedor ejercita una suerte de acción *uti singoli* cual portador de un derecho subjetivo que simplemente trata de hacer valer en el concurso. Legitima la participación del acreedor en el concurso, y de acreedor concursal pasa a ser acreedor concurrente una vez que ha probado la existencia y realidad de su crédito. Concede un título habilitante y legitimador que tutela y hace eficaz la participación del acreedor en el procedimiento concursal.

El auto declarativo del concurso abre y señala el momento a partir del cuál todo acreedor con pretensiones patrimoniales insatisfechas comunique, esto es, exteriorice, justifique y haga valer su crédito. El auto tiene eficacia *erga omnes* en la que no solo se declara una situación jurídica concreta, la concursal, que da pie a un procedimiento colectivo de ejecución, sino que exterioriza también la constatación de los presupuestos de hecho de esa situación concursal. Paralelamente el auto se convierte en el inicio de toda una serie de efectos legales tanto sustantivos como procesales sobre el deudor, los acreedores y el patrimonio.

El propio auto que declara el concurso contiene (*ex art. 21.5*) el llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos, en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la publicación en el Boletín Oficial del Estado del auto de declaración de concurso. Como ulteriormente veremos, la no comunicación tempestiva de los créditos, y salvo que los mismos consten en el concurso, acarreará la subordinación de los mismos a la hora de proceder a su reconocimiento y clasificación. La comunicación se formulará por escrito firmado por el acreedor, por cualquier otro interesado en el crédito o por quien acredite representación suficiente de ellos, y se dirigirá a la administración concursal. La comunicación podrá presentarse en el domicilio designado al efecto el cual deberá estar en la localidad en la que tenga su sede el juzgado, o remitirse a dicho domicilio. También podrá efectuarse la comunicación por medios electrónicos. El domicilio y la dirección electrónica señalados a efectos de comunicaciones serán únicos y deberán ser puestos en conocimiento del juzgado por el administrador concursal al tiempo de la aceptación del cargo o, en su caso, al tiempo de la aceptación del segundo de los administradores designados.

Por su parte, la comunicación expresará nombre, domicilio y demás datos de identidad del acreedor, así como los relativos al crédito, su concepto, cuantía, fechas de adquisición y vencimiento, características y calificación que se pretenda. Si se invocare un privilegio especial, se indicarán, además, los bienes o derechos a que afecte y, en su caso, los datos registrales. También se señalará un domicilio o una dirección electrónica para que la administración concursal practique cuantas comunicaciones resulten necesarias o convenientes, produciendo plenos efectos las que se remitan al domicilio o a la dirección

indicado.

3.2. EL RECONOCIMIENTO DE CRÉDITOS

La Ley Concursal dedica varios de sus preceptos a regular y encauzar esta comunicación y reconocimiento de créditos así como la posible impugnación de la lista de acreedores hasta que esta se hace definitiva. Y lo hace estatuyendo normas formales y materiales. Son las normas que vehiculan tal y como quiere el legislador la fase de reconocimiento de créditos. Se regulan las formalidades, se imponen las consecuencias, se permiten excepciones y facilidades. Y lo lleva a cabo a través de cauces específicos, bien de modo expreso y constando en el concurso los créditos a través de los documentos y libros, bien a través de la carga u *onere* inescindible pero también imprescindible del acreedor de autotutelar su propia pretensión patrimonial frente a la administración concursal.

El reconocimiento de los créditos en el concurso supone la segunda fase o etapa de la verificación de los créditos y por ende de la delimitación de la masa pasiva de cara a provocar ya una definición algo más precisa de aquellos titulares de créditos que conformarán el pasivo del concurso. El resultado de la actividad de reconocimiento se manifestará en la elaboración por parte de la administración concursal de una lista de acreedores, provisional o definitiva, en función de si la misma es objeto o no de impugnación. Nada dice el artículo 86 de la norma concursal respecto al ámbito temporal en el que ha de sustanciarse el reconocimiento. En cierto sentido se entiende que el plazo del que goza la administración concursal para proceder a la verificación de los créditos es el mismo del que dispone para confeccionar la lista de acreedores, es decir, dos meses desde la aceptación de dos de los administradores del concurso, con la posibilidad de una prórroga a solicitud de los propios administradores en base a circunstancias extraordinarias (*vid.* artículo 74.1 y 2 Ley Concursal). Con el reconocimiento operado por la administración el crédito pasa el filtro legitimador ante el procedimiento, obteniendo el derecho a una cuota de responsabilidad en la solución concursal irrevocable si el mismo no es objeto de impugnación. Se obtiene el título habilitante para ser parte en el procedimiento concurso. El reconocimiento que opera y se exterioriza a través de la lista de acreedores tiene además de tutelar las pretensiones y los derechos de los en ellos expresamente incluidos, la finalidad primordial de atribuir un título, o una suerte de título, ejecutivo con eficacia tanto *endo* como *extraconcursal*.

El reconocimiento es fruto de la labor dinámica y exegética de la administración concursal quienes analizarán, cotejarán, comprobarán y admitirán o no los créditos que se insinúan así como los que se gozan de un reconocimiento de oficio, automático y forzoso. Estos serán créditos a los que el legislador ha simplificado el reconocimiento y por tanto la verificación tal y como se preceptúan en el artículo 86 de la norma concursal sin necesidad de comunicación previa por parte de los propios acreedores. El acreedor con una pretensión patrimonial que se reconoce automáticamente, puede comunicar y justificar su crédito aun gozando de esta facilidad y privilegio. Su crédito es indubitado y consta ya en el concurso, lo que no empece para ignorar cómo consta o en qué cuantía y clasificación puede constar.

Del mismo modo habrá acreedores que su crédito esté sometido a cierta contingencia, lo que no obsta a su comunicación y reconocimiento. Así, un codeudor solidario, un garante, un fiador o un avalista pueden perfectamente y por voluntad negocial comunicar su crédito propio al concurso, el crédito únicamente del acreedor principal e incluso ambos créditos. El

que uno sea actual y otro contingente es en este momento inicial de la verificación de créditos hartamente formal, pues en modo alguno será tolerable el doble pago. Piénsese en el fiador de regreso que no quiere subrogarse en la posición del acreedor principal y sí ejercitar la acción de reembolso que le inmuniza, a priori al menos, de una calificación postergada en el concurso.

En cierto sentido, la administración concursal contesta a los acreedores con la finalidad de provocar una mayor claridad en la verificación de los créditos. Comprueban el crédito, su entidad, su naturaleza, la consistencia y subsistencia del mismo, su finalidad en aras de conferir al acreedor su cualidad de concursal no meramente de concurrente, consolidando definitivamente sus expectativas en el procedimiento de insolvencia. Los administradores concursales gozan de ese margen de discrecionalidad suficiente para enjuiciar en vista de los documentos y medios de prueba acreditados o constantes en el concurso si un acreedor debe o no ser admitido al pasivo, y si disfruta o no de un privilegio. Margen que les permitirá impugnar en juicio ordinario y dentro del plazo para emitir su informe, la existencia y validez de los títulos ejecutivos o de los créditos asegurados con garantía real, los actos administrativos, los convenios o procedimientos arbitrales en caso de fraude, etc. Impugnación del crédito que nada tiene que ver con la posibilidad de rescisión de ciertos créditos por parte de los administradores del concurso cuando se presume o sospecha la existencia de negocios perjudiciales para el concurso (*ex arts. 71 y 72 de la norma concursal*).

La administración concursal está legitimada para impugnar aquellos créditos que tratan de incluirse en la masa pasiva y no tienen razón de ser, bien porque ya no existen, han sido satisfechos, bien porque sean nulos al faltar por ejemplo elementos constitutivos o estar viciados los negocios jurídicos, bien porque se hayan simulado, o simplemente porque han prescrito. En cierto sentido ejerce una actividad de naturaleza jurisdiccional, instruyendo al cotejar y comprobar titularidades y créditos de cara a elaborar la lista de acreedores y decidiendo quién ha de participar y cómo y en qué cuantía en el proceso concursal, y quién ha de quedar al margen del mismo. Para ello tiene completas facultades para desarrollar incluso investigaciones o indagaciones de oficio y esgrimir excepciones normalmente reservadas a las partes. El fruto de esta actividad o labor de reconocimiento no es otro que la conformación detallada y analizada de la lista de acreedores, en la que se determinarán los créditos, se graduarán o jerarquizarán positiva y negativamente, y recibirán su carácter de concursalidad tras ser examinados, contrastados y verificados. La lista es el primer paso para sustentar y fundamentar la pretensión de satisfacción del crédito en el procedimiento. Su exclusión -definitiva- relega al acreedor a obtener una satisfacción únicamente a extramuros del concurso. Mas nunca determina la extinción e ineficacia del crédito. No le dota de concursalidad, lo que no significa minoración alguna al crédito fuera del ámbito concursal.

El reconocimiento forzoso opera por la cualidad y calidad de esos créditos, créditos que vienen documentados o han sido creados constitutivamente bajo el amparo de ciertos institutos, documentos, resoluciones o registros que acreditan fehacientemente la existencia y veracidad de tales créditos. Fehaciencia y veracidad en todo caso formal, apariencia en sentido laxo. No se cuestionan, su posición es indubitada, y lo es, al menos, a priori. Ahora bien, el gozar de una presunción de existencia indubitada, suficiente y necesaria, no impide que los mismos puedan ser impugnados ante la sospecha de los administradores en el tenor material y de fondo de los mismos. La facilitación del reconocimiento tiene un ámbito objetivo claro y conciso. Así, el artículo 86.2 señala como se incluirán necesariamente en la lista de acreedores aquellos créditos que hayan sido reconocidos por laudo o por resolución

procesal, aunque no fueran firmes, los que consten en documento con fuerza ejecutiva, los reconocidos por certificación administrativa, los asegurados con garantía real inscrita en registro público, y los créditos de los trabajadores cuya existencia y cuantía resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso. No obstante, la administración concursal podrá impugnar en juicio ordinario y dentro del plazo para emitir su informe, los convenios o procedimientos arbitrales en caso de fraude, y la existencia y validez de los créditos consignados en título ejecutivo o asegurados con garantía real, así como, a través de los cauces admitidos al efecto por su legislación específica, los actos administrativos. No cabe duda que aquellos créditos que se reflejen de un modo cierto e incuestionado a través de títulos ejecutivos, como son sentencias judiciales y laudos arbitrales, son reconocidos automáticamente por los administradores. Un título ejecutivo determina la efectiva existencia de un derecho a la tutela sin que sobre el mismo se discuta. El título ejecutivo fija la alcance y contenido, cierto y veraz de la responsabilidad del deudor.

Regula no obstante la norma concursal una serie de supuestos especiales de ciertos créditos a la hora del reconocimiento. En el artículo 87 se trata de dar solución legal para supuestos especiales de créditos, que a priori no tienen por qué ser reconocidos forzosamente, y cuyas líneas comunes son, o bien la de estar sometidos a la incertidumbre de una condición, perfecto el contrato pero *condicione pendente*, que en el momento de apertura del procedimiento concursal se ignora si se verificará o no, o bien, la de ser créditos que gozan de un patrimonio o patrimonios añadidos o adicionales de responsabilidad, horquilla que abarca a codeudores solidarios, fianzas, avales, garantías autónomas, etc., pero no está pensando en el supuesto de que el concursado sea además garante subsidiario de un tercero. Peculiaridades y soluciones que hasta la ley concursal no tenían una base legal en el derecho de quiebras aunque sí en el derecho civil, la labor jurisprudencial y doctrinal, y por ende, dispar y oportuna para cada caso en concreto.

De este modo la especialidad pero también la polémica que algunos supuestos entrañan y de hecho, así se atestigua a lo largo de la jurisprudencia concursal menor desde que la Ley Concursal entró en vigor, han encontrado cabida en este artículo, un artículo complejo, ambiguo, prolijo y muy dispar. Deja abierta la puerta a demasiadas dudas interpretativas y máxime el controvertido apartado 6 y el desaforado oportunismo de unos y otros pretendiendo infligirle las lecturas que más se acomodan a sus pretensiones, particulares y quizás también interesadas, cuando no abiertamente egoístas.

Así, los créditos sometidos a condición resolutoria se reconocerán como condicionales y disfrutarán de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación, en tanto no se cumpla la condición. Cumplida ésta, podrán anularse, a petición de parte, las actuaciones y decisiones en las que el acto, la adhesión o el voto del acreedor condicional hubiere sido decisivo. Por otra parte, idéntico régimen seguirán todos aquellos créditos de derecho público de las Administraciones públicas y sus organismos públicos recurridos en vía administrativa o jurisdiccional, aún cuando su ejecutividad se encuentre cautelarmente suspendida. Sin embargo, los créditos de derecho público de las Administraciones públicas y sus organismos públicos que resulten de procedimientos de comprobación o inspección se reconocerán como contingentes hasta su cuantificación, a partir de la cual tendrán el carácter que les corresponda con arreglo a su naturaleza sin que sea posible su subordinación por comunicación tardía. Igualmente, en el caso de no existir liquidación administrativa, se clasificarán como contingentes hasta su reconocimiento por sentencia judicial, las cantidades defraudadas a la Hacienda Pública y a la Tesorería General de la Seguridad Social desde la

admisión a trámite de la querrela o denuncia.

Un crédito sometido a condición resolutoria un crédito eficaz, plenamente eficaz, de modo que la obligación que hace surgir el crédito produce sus efectos en tanto no se verifique la condición, es decir, aquel hecho o acontecimiento incierto del que dependerá la continuación o cese completo de la eficacia del contrato o negocio jurídico. Es una obligación con eficacia constante hasta el momento en que se cumpla la condición, y si es que se cumple. Si el hecho condicionante no se verifica o falta la obligación de la que surge, el crédito siempre ha sido realmente puro. Todavía existe incertidumbre sobre si realmente se verificará o no el acontecimiento o el hecho puesto como condición. Un crédito que ha de comunicarse y ser objeto de reconocimiento por parte de la administración concursal, quienes de la documentación que lo justifique y acompañe, deducirán la condición. Siempre podrá el acreedor impugnar toda traba o retención que la administración señale en la lista provisional.

A diferencia de los créditos sometidos a resolutoria, los créditos sometidos a condición suspensiva y los litigiosos serán reconocidos en el concurso como créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación que corresponda, admitiéndose a sus titulares como acreedores legitimados en el juicio sin más limitaciones que la suspensión de los derechos de adhesión, de voto y de cobro. En todo caso, la confirmación del crédito contingente o su reconocimiento en sentencia firme o susceptible de ejecución provisional, otorgará a su titular la totalidad de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación. Ahora bien, si el juez del concurso estime probable el cumplimiento de la condición resolutoria o la confirmación del crédito contingente, podrá, a petición de parte, adoptar las medidas cautelares de constitución de provisiones con cargo a la masa, de prestación de fianzas por las partes y cualesquiera otras que considere oportunas en cada caso. En estos créditos, el acreedor titular de un crédito con condición suspensiva asumirá el carácter de contingente, al igual que sucede con los créditos que son objeto de disputa o litigio. No se les reconoce cuantía propia, lo que no significa que ésta no se calcule, valore y conozca, y se les calificará según corresponda conforme a los parámetros de la norma concursal. En efecto, un crédito con condición suspensiva tiene una eficacia radicalmente distinta a la de una resolutoria, todo lo más tiene una mera expectativa que podrá o no consolidarse, pero por el momento no titula ningún derecho como tampoco ostenta una pretensión de contenido patrimonial de un modo genuino. Es obvio como la intención del legislador concursal en relación con los créditos sujetos a condición suspensiva no es otra que la de procurar su reconocimiento por la administración concursal, al ser una realidad que afecta y atañe al patrimonio del concursado, pudiendo sus titulares intervenir en el procedimiento, si bien la norma establece que no serán computados en el pasivo a efectos de mayorías y *quorums*, dado que tienen suspendidos sus derechos de adhesión, voto y cobro.

No debe olvidarse que la *ratio* que preside los créditos sometidos a condición es sencilla, las partes quieren el contrato o negocio jurídico que ya han perfeccionado pero lo modulan en cuanto a sus efectos, en cierto modo escapando a los cánones típicos, introduciendo ciertas modalidades a través de concretas condiciones, términos, plazos de tiempo, etc., de modo que lo hacen depender de la incertidumbre, de la posibilidad o probabilidad de que se verifique o no un determinado hecho o acontecimiento. La nota esencial de las obligaciones sometidas a condición no es otra más que la de incertidumbre, el *dies incertus an, incertus quando*, es decir, el requisito de ser incierto el condicionante, incertidumbre a la que no necesariamente ha de unirse la nota de la futuridad. A la incertidumbre ha de unirse además la premisa clave, la voluntariedad de las mismas, en cuanto elemento accidental del contrato o negocio jurídico

del que nacerán las obligaciones. Las condiciones pueden ser potestativas o voluntarias, casuales o mixtas, en función de la causa que provoca el hecho que sirve como condicionante. Ese hecho puede depender de la voluntad de una de las partes, de la de un tercero, o de ambas conjugadas al mismo tiempo. Sí es necesario además analizar el supuesto legal o convencional de la condición, pues no son pocas las diferencias si el crédito pende de una verificación que puede ser legal o de parte. Y máxime qué parte en el supuesto concursal, o el deudor concursado y en definitiva la administración concursal en función de la suspensión o intervención de sus facultades, o la parte *in bonis*, en cuyo caso el crédito quedaría confirmado como eficaz, contrato en todo caso bilateral sinalagmático del que pendería tan sólo el si se ejecutará o no, pues será la administración concursal la que termine pronunciándose (artículo 61 Ley Concursal).

Pero sin duda, uno de los supuestos de reconocimiento más problemático que se planteó en la norma concursal fue el del crédito del fiador. En efecto, el artículo 87.6 fue objeto tanto de diversas interpretaciones como de sendas reformas legales, para señalar ahora que, los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador. Siempre que se produzca la subrogación por pago, en la calificación de estos créditos se optará por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor o al fiador.

El apartado séptimo del artículo 87 contempla aquellos supuestos en los que se produce un pago parcial, nunca íntegro, de un codeudor o de un garante, de un deudor solidario, pago que además tiene lugar con anterioridad a la declaración del concurso. La norma reza en cuestión: «a solicitud del acreedor que hubiese cobrado parte de su crédito de un avalista, fiador o deudor solidario del concurso, podrán incluirse a su favor en la lista de acreedores tanto el resto de su crédito no satisfecho como la totalidad del que, por reembolso o por cuota de solidaridad, corresponda a quien hubiere hecho pago parcial, aunque éste no hubiere comunicado su crédito o hubiere hecho remisión de la deuda». Como fácilmente es observable la norma regula el regreso parcial del pago fragmentario realizado antes de la declaración de concurso, mas no cuando este pago es constante el procedimiento concursal.

La complejidad del apartado es alta, a primera vista parece que el acreedor incluirá a su favor en la lista de acreedores el crédito por reembolso o por cuota de solidaridad. Utilizará los eventuales créditos de regreso de los garantes o codeudores de cara a insinuar y tratar de cobrar la totalidad del crédito adicionándolos al suyo propio hasta obtener una satisfacción total. Es lógico que el acreedor no renunciará a incluir su propio crédito y comunicar en cambio el crédito de regreso o de reembolso, todo lo contrario, comunicará su crédito propio incluyendo además la totalidad del que por reembolso o cuota de solidaridad corresponda a quien hubiere hecho el pago parcial, tal y como reza el apartado séptimo del artículo 87 y esa confusa sintaxis «tanto» ... «como».

El acreedor principal se «sirve» en cierta medida de los eventuales créditos de reembolso de codeudores, garantes, etc., y lo hace por que la ley le faculta en aras de obtener una íntegra satisfacción, si bien los créditos de regreso no pasan a ser titularidad del acreedor. Una inclusión que se llevará a cabo incluso cuando el fiador, el avalista o garante -titulares del derecho de reembolso-, no hayan siquiera insinuado su crédito en el concurso o incluso hubiere hecho remisión de la deuda. La Ley le permite en aras de obtener una íntegra satisfacción insinuar *per se* créditos que en puridad no le corresponden. Tiene un interés claro,

el cobro total.

3.3. LA IMPUGNACIÓN DE CRÉDITOS

3.3.1. La lista de acreedores y la impugnación de la misma

La ley obliga que al informe de la administración concursal acompañe la lista de acreedores, una lista que se referencia a la fecha de solicitud del concurso, no a la del auto declarativo del mismo, y que comprenderá una relación de los créditos incluidos y otra de los excluidos, ordenadas ambas de un modo alfabético. Una lista que marcará en cierto modo el devenir definitivo de todo el proceso y, sobre todo, puntualizará la posición de cada uno en el concurso. Y a pesar que el artículo 94 de la Ley Concursal alude a que la lista de acreedores se referencia a la fecha de solicitud del concurso, lo más razonable, amén de sensato, es considerar que la administración del concurso debe verificar la determinación de la masa pasiva no desde la fecha de solicitud del concurso, cuya dilación sobre todo en el caso de concurso voluntario entre la misma y la declaración puede ser alta, sino en el momento de su efectiva declaración. Asevera la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Número 1 de Bilbao de 24 de febrero de 2006 como de esta forma se consigue dotar de coherencia a todo el sistema que siempre, salvo en el caso de la lista de acreedores, se refiere al momento de la declaración del concurso.

La lista de acreedores es a la masa pasiva lo que el inventario es a la masa activa, forman parte del informe pero la lista, como también el inventario, no es el informe, no entra en el contenido de éste, pero sí completa y complementa a aquél. Uno y otro se quedan desnudos o a la intemperie de sí mismos si no van unidos. La lista de acreedores es un resultado, el resultado de la labor de verificación, análisis y contraste de las demandas y exigencias de los titulares de créditos que pretenden satisfacción en el procedimiento concursal con las realidades que puede asumir el propio proceso. Y ese resultado se plasma en una declaración de derechos, una declaración que indudablemente puede ser cuestionada tanto por aquellos que se incluyen, como, sobre todo, por los que son excluidos o preteridos de satisfacción endoconcursal, a través del cauce de la impugnación de la lista de acreedores, una impugnación que ha de hacerse en un tiempo breve, corto y de modo eficaz.

Podemos afirmar sin miedo a equívocos y siguiendo de cerca el postulado de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Número 1 de Madrid de 7 de diciembre de 2005 que, la administración concursal queda vinculada al contenido de los textos presentados en cumplimiento de la obligación prevista en el artículo 74 de la Ley Concursal, y presentados no es susceptible de llevar a cabo por dicho órgano modificaciones sustanciales de los documentos incorporados al informe sino es por el cauce previsto en el artículo 96 de la norma concursal. Lista, inventario e informe que pueden ser impugnados, incluido éste último el informe, pese a ciertas resistencias iniciales por algún sector doctrinal. Sin duda, llegados a este momento, nos encontramos ante el punto crítico de todo el proceso de verificación de créditos en el concurso. Nada obsta a la impugnación o de todos o de sólo alguno de ellos, pues los tres documentos forman parte de un todo, el informe de esa administración concursal encaminado a cerrar la fase común y facilitar o transitar el desarrollo de las soluciones concursales.

La lista se estructura en torno, primero una lista de acreedores concursales, tanto incluidos como excluidos, y, segundo una lista con la relación de créditos contra la masa, créditos que han sido devengados y que aún están pendientes de pago (artículo 94.4). Si bien hemos de partir de la unicidad formal del documento, ello no impide que el mismo se estructure en torno a relaciones de créditos y acreedores diferentes. En efecto, por un lado y desde un punto de vista estructural, en la lista habrá una relación de acreedores concursales incluidos, en los que se identifica a su titular, y se hace de un modo alfabético en aras de localizar mejor al crédito que es reconocido y pasa el trámite de verificación en el concurso. Su ordenación alfabética pretende una efectiva y rápida comprobación por parte de titulares, deudores, y otros interesados. De otra parte se relacionarán aquellos acreedores que han pretendido concurrir al procedimiento comunicando su crédito pero que éste no ha sido reconocido por la administración concursal. Así, la relación de los acreedores incluidos expresará la identidad de cada uno de ellos, la causa, la cuantía por principal y por intereses, fechas de origen y vencimiento de los créditos reconocidos de que fuere titular, sus garantías personales o reales y su calificación jurídica, indicándose, en su caso, su carácter de litigiosos, condicionales o pendientes de la previa excusión del patrimonio del deudor principal. Se harán constar expresamente, si las hubiere, las diferencias entre la comunicación y el reconocimiento y las consecuencias de la falta de comunicación oportuna. La relación de los excluidos expresará la identidad de cada uno de ellos y los motivos de la exclusión.

La lista de acreedores tiene por función la identificación de acreedores y de sus créditos. Es una primera y exhaustiva racionalización de la masa pasiva con su ulterior depuración objetiva a través de la impugnación. Informa y hace accesible al público en general y de un modo organizado y transparente la naturaleza, composición y estructura del pasivo, o lo que es lo mismo, señala e informa quién es quién en el concurso y qué derecho y posición asumirá en el seno del procedimiento. Y lo hace a raíz de la verificación y contraste que en su labor ha llevado a cabo la administración concursal. Y al concentrar o juntar a todos los acreedores en un único documento, tanto los incluidos como los excluidos, no pretende otra finalidad más que facilitar la comprobación, contenido y estructura de la masa pasiva de un modo efectivo, práctico y, sobre todo, racional. Se racionaliza de un modo eficaz y eficiente la contrastación de pretensiones, primero las alegadas por la insinuación de créditos por parte de los acreedores e interesados y, segundo, las reconocidas por parte de quién tiene la función de verificación del pasivo. No es una lista de créditos sino de acreedores que justifican y ostentan titularidades crediticias. Es el resultado explícito a la labor de reconocimiento y verificación llevada a cabo por la administración concursal. La lista publicita la masa pasiva, informa a los acreedores y todos los interesados en el concurso del alcance, composición y delimitación de la masa pasiva del concurso. Se reconocen titulares y créditos. Abre la vía de acceso a la participación en el procedimiento concursal, en un primer momento pudiendo plantear recurso incidental al impugnar la inclusión hecha, y a los que por ahora han sido excluidos les permite tratar de revocar tal contingencia alegando oposición y tratando de justificar las motivaciones que esgrimido y llevado a la administración a apartarles del concurso. El análisis inicial de la lista, la clasificación de los créditos en privilegiados, ordinarios y subordinados así como la cuantía de los mismos, nos informará y adelantará en cierta medida el camino por el que irán las soluciones concursales.

Cuando un crédito es admitido en el procedimiento concursal en cierto modo significa que la administración concursal no solo ha valorado la pretensión crediticia en abstracto, también ha valorado la admisibilidad y la influencia de los documentos que lo justifican y prueban. El

contenido y la estructura de la lista de acreedores busca, en cierta medida, hacer ejecutiva la delimitación de la masa pasiva. Que luego la misma pueda ser objeto de impugnación sólo tiene una finalidad, depurarla objetivamente, situar a cada quién en el lugar que le corresponde, sea dentro o fuera de la misma, o lo que es igual, dentro o a extramuros del proceso concursal, cualesquiera que sea la calificación, cuantía y entidad de su crédito.

No puede negarse la especial trascendencia que reviste la impugnación de la lista de acreedores que acompaña el informe de la administración concursal. Es el momento además en que es el Juez quien va a fiscalizar la labor de la administración concursal a instancia de los interesados, además de que el informe de la administración supone de entrada el final de la fase común. El legislador optó por una tutela exacerbada de los derechos individuales patrimoniales de todo acreedor y potencial acreedor que ha acabado generando una relativa hipertrofia en el funcionamiento y, sobre todo, en el cierre de la fase común que culmina con la verificación de créditos a través de la impugnación.

Los interesados reaccionarán frente al listado si lo creen oportuno y como medio de preservar y hacer valer todavía lo que creen que es su derecho, pues no de otro modo se les puede tutelar y amparar dentro del procedimiento concursal y, provocarán además la participación del Juez del concurso. Ahora bien, la reforma operada en 2011 buscó sortear uno de los embudos o cuellos de botella más grave que presentaba hasta ese momento el procedimiento concursal, la ingente conflictividad que acarrea la impugnación a través del planteamiento de numerosísimas impugnaciones a través del incidente concursal. Ahora, la nueva regulación dada a estos artículos, artículos 95 a 97 *ter*, busca esa dinamización y fortalecimiento decisional de la administración concursal.

Así, la administración concursal, con una antelación mínima de diez días previos a la presentación del informe al juez, dirigirá comunicación electrónica a los acreedores sobre los que conste su dirección electrónica, informándoles del proyecto de inventario y de la lista de acreedores. Los acreedores podrán solicitar a la administración concursal, igualmente por medios electrónicos, hasta tres días anteriores a la presentación del informe al juez, que se rectifique cualquier error o que complementen los datos comunicados. Se gana tiempo y agilización de tramitación al evitar la impugnación ulterior de la lista por parte de los acreedores que preservarán y tutelarán su propia pretensión patrimonial cuando estimen que no se ajusta a lo que los mismos comunicaron y entienden de derecho. La presentación al juez del informe de la administración concursal y de la documentación complementaria se notificará a quienes se hayan personado en el concurso en el domicilio señalado a efectos de notificaciones y se publicará en el Registro Público Concursal y en el tablón de anuncios del juzgado.

La impugnación del inventario y de la lista de acreedores se podrá realizar dentro del plazo de diez días a contar desde la notificación que la administración realiza a quiénes se hubieren personado en el concurso de la presentación al juez del informe y la documentación complementaria. Para los demás interesados el plazo de diez días se computará desde la última publicación de las previstas, sea en el Registro Público concursal, sea en los tablones de anuncios del juzgado.

La impugnación del inventario podrá consistir en la solicitud de la inclusión o de la exclusión de bienes o derechos, o del aumento o disminución del avalúo de los incluidos. A su vez, la impugnación de la lista de acreedores podrá referirse a la inclusión o a la exclusión de créditos, así como a la cuantía o a la clasificación de los reconocidos.

Y la verdadera apuesta por la agilización con la reforma de 2011 viene de la mano del artículo 96. 4 cuando establece que si las impugnaciones afectan a menos del veinte por ciento del activo o del pasivo del concurso, el juez podrá ordenar la finalización de la fase común y la apertura de la fase de convenio o de liquidación, sin perjuicio del reflejo que las impugnaciones puedan tener en los textos definitivos y las medidas cautelares que pueda adoptar para su efectividad. Se gana en eficiencia y operatividad sin menoscabo de seguridad.

Las impugnaciones se sustanciarán por los trámites del incidente concursal pudiendo el juez de oficio acumularlas para resolverlas conjuntamente. Dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la última sentencia resolutoria de las impugnaciones, la administración concursal introducirá en el inventario, en la lista de acreedores y en la exposición motivada de su informe las modificaciones que, en su caso, procedan y presentará al juez los textos definitivos correspondientes, así como relación de las comunicaciones posteriores presentadas y las modificaciones incluidas y otra actualizada de los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago, todo lo cual quedará de manifiesto en la secretaría del juzgado.

Por su parte la reforma concursal intenta dar solución a algo que se venía experimentando con inusitada frecuencia desde la vigencia de la Ley concursal. A saber, las comunicaciones de créditos para su reconocimiento toda vez que hubieran concluido los plazos para los mismos, conscientes además del juego de la subordinación creditiva. Así, el artículo 96 *bis* establece que, concluido el plazo de impugnación y hasta la presentación de los textos definitivos, se podrán presentar comunicaciones de nuevos créditos. Estos créditos serán reconocidos conforme a reglas generales y en su clasificación se estará a lo dispuesto en el artículo 92.1º relativo a subordinación, salvo que el acreedor justifique no haber tenido noticia antes de su existencia, en cuyo caso se clasificarán según su naturaleza. La administración concursal resolverá sobre ellas en la lista de acreedores definitiva a presentar.

Si dentro del plazo de diez días siguiente a la puesta de manifiesto de los textos definitivos se formula oposición a la decisión de la administración concursal sobre las comunicaciones posteriores presentadas, se le dará la tramitación del incidente concursal. Esta impugnación no impedirá la continuación de la fase de convenio o liquidación.

Sí regula la norma concursal las consecuencias de la no impugnación así como la modificación de la lista de acreedores. Así, si el acreedor no impugnare en tiempo y forma el inventario o la lista de acreedores no podrá plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos, aunque sí podrá recurrir contra las modificaciones introducidas por el juez al resolver otras impugnaciones. Por su parte, si el acreedor calificado en la lista de acreedores como especialmente relacionado con el deudor no impugnare en tiempo y forma esta calificación, el juez del concurso, vencido el plazo de impugnación y sin más trámites, dictará auto declarando extinguidas las garantías de cualquier clase constituidas a favor de los créditos de que aquel fuera titular, ordenando, en su caso, la restitución posesoria y la cancelación de los asientos en los registros correspondientes. Quedan exceptuados de este supuesto los créditos por salario que no tenga reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago, siempre que o el concursado sea persona natural.

El texto definitivo de la lista de acreedores podrá, por su parte, modificarse, además de los supuestos previstos en la norma concursal, siempre que, o bien se resuelva la impugnación de las modificaciones previstas en el artículo 96 *bis* de comunicaciones posteriores de créditos,

siempre que después de presentado el informe inicial a que se refiere el artículo 74 o el texto definitivo de la lista de acreedores, se inicie un procedimiento administrativo de comprobación o inspección del que pueda resultar créditos de Derecho Público de las Administraciones públicas y sus organismos públicos. O bien cuando después de presentado el informe inicial o texto definitivo de la lista de acreedores, se inicie un proceso penal o laboral que pueda suponer el reconocimiento de un crédito concursal. Lo mismo sucederá cuando después de presentados los textos definitivos, se hubiera cumplido la condición o contingencia prevista o los créditos hubieran sido reconocidos o confirmados por acto administrativo, por laudo o por resolución procesal firme o susceptible de ejecución provisional con arreglo a su naturaleza o cuantía.

A su vez, si procede la modificación o sustitución del acreedor inicial en la lista de acreedores, se tendrán en cuenta las reglas siguientes para la clasificación del crédito:

1. Respecto de los créditos salariales o por indemnización derivada de extinción laboral, únicamente se tendrá en cuenta la subrogación prevista en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores.
2. Respecto de los créditos previstos en el artículo 91.2.º y 4.º, únicamente mantendrán su carácter privilegiado cuando el acreedor posterior sea un organismo público.
3. En caso de pago por pago por avalista, fiador o deudor solidario, se estará a lo dispuesto en el artículo 87.6.
4. En el supuesto en que el acreedor posterior sea una persona especialmente relacionada con el concursado en los términos del artículo 93, en la clasificación del crédito se optará por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor inicial y al posterior.
5. Fuera de los casos anteriores, se mantendrá la clasificación correspondiente al acreedor inicial.

No obstante sí se introduce una limitación temporal definitiva para proceder a la modificación del texto definitivo de la lista de acreedores, dado que la misma sólo podrá solicitarse antes de que recaiga la resolución por la que se apruebe la propuesta de convenio o se presente en el juzgado los informes previstos en los apartados segundo de los artículos 152 y 176 *bis*.

A tal efecto los acreedores dirigirán a la administración concursal una solicitud con justificación de la modificación pretendida, así como de la concurrencia de las circunstancias previstas en este artículo. La administración concursal en el plazo de cinco días informará por escrito al juez sobre la solicitud. Presentado el informe, si fuera contrario al reconocimiento, se rechazará la solicitud salvo que el solicitante promueva incidente concursal en el plazo de diez días, en cuyo caso se estará a lo que se decida en el mismo. Si el informe es favorable a la modificación pretendida, se dará traslado a las partes personadas por el término de diez días. Si no se efectúan alegaciones o no son contrarias a la pretensión formulada, el juez acordará la modificación por medio de auto sin ulterior recurso. En otro caso, el juez resolverá por medio de auto contra el que cabe interponer recurso de apelación.

4. LA CLASIFICACIÓN DE CRÉDITOS

Los artículos 89 a 93 de la norma concursal regulan la clasificación de los créditos. Concursalmente los créditos se clasifican en privilegiados, ordinarios y subordinados. La ley únicamente se ocupa en la clasificación de los primeros y los últimos, pretiriendo prácticamente toda mención a los ordinarios, los de mayor peso cuantitativo en cuanto a número de acreedores, pero no cualitativo. El capítulo III de la Ley Concursal dedicado a la determinación de la masa pasiva establece en definitiva la distinción entre créditos contra la masa, créditos concursales y créditos subordinados. El artículo 89.1 de la Ley señala que los créditos incluidos en la lista de acreedores se clasificarán a efectos del procedimiento concursal, en privilegiados, ordinarios y subordinados. Siendo los primeros además susceptibles de desglosarse en créditos con privilegio especial, esto es, aquéllos que recaen sobre unos bienes o derechos determinados y específicos del deudor y, créditos con privilegio general, a saber, aquellos que se ejercen sobre la totalidad del patrimonio del deudor concursado. La ley parte en suma de una distinción nítida entre causas de preferencia especiales y generales, que también proyecta a la hora de graduar dichos créditos, estableciendo el artículos 155 y 156, relativos al pago de los créditos, la prevalencia de las causas de preferencia o privilegio especiales sobre las causas de preferencia generales, de modo que el acreedor que tiene un derecho de preferencia limitado a un bien determinado entre aquellos que forman la masa activa de bienes del deudor ha de cobrar sus créditos con cargo a los bienes afectos a ese privilegio especial.

Es más, la fuerza de los privilegios especiales hace que incluso predominen y se prioricen ante los créditos contra la masa o deudas de la masa. La Ley ha blindado a estos acreedores privilegiados especiales de modo que el pago de los créditos contra la masa no puede perjudicar los créditos que gocen de tamaña preferencia, ni siquiera cuando el resto de los bienes y derechos no sean suficientes para cubrir el montante de las deudas. Como bien se ha señalado, en este caso, se produce una suerte de *par condicio creditorum* entre los acreedores de la masa. Por su parte los acreedores con privilegio general cobrarán o se atenderán al pago sus créditos, una vez se deduzcan de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra la masa y con cargo a los bienes no afectos a privilegio especial o al remanente que de ellos quedase una vez pagados estos créditos. En suma, se articula un doble escalón de privilegios en el que priman los especiales y, en un segundo nivel, los privilegios generales que en buena medida quedan a expensas del remanente que exista en la masa activa una vez satisfechos los créditos contra la masa y los créditos con privilegio especial.

4.1. LOS CRÉDITOS ORDINARIOS

La Ley concursal por su parte, apenas reduce el crédito ordinario a una mínima mención, por lo que, crédito ordinario es, por exclusión y por delimitación negativa, aquel crédito que carece de privilegio, sea éste especial o general, y que tampoco se haya subordinado o legalmente postergado en el cobro.

Son en definitiva, los ordinarios, aquellos créditos comunes que son satisfechos tras la prededucción de los créditos contra la masa y el pago de los créditos con privilegio especial y con privilegio general, con el posible y efímero por escaso remanente que quede de los bienes de la masa activa, y que al mismo tiempo se satisfacen sin prelación ni preferencia alguna entre sus titulares. La prorrata es el método operativo para un reparto llamado a ser pobre y

parco, el de los restos de una masa activa todavía no espoleada del todo por los preferentes y privilegiados amén de los acreedores contra la masa. El artículo 89.3 de la Ley concursal no puede ser más taxativo y a la vez escueto: se entenderán clasificados como créditos ordinarios aquellos que no se encuentren calificados en esta Ley como privilegiados ni como subordinados. Quizás por ello y, conscientes de la precariedad y enorme debilidad a que quedan sujetos estos acreedores ordinarios, la Ley permite que, excepcionalmente, el juez pueda autorizar la realización de pagos de créditos ordinarios anticipadamente, siempre que los solicite motivadamente la administración concursal y queden suficientemente garantizados los pagos de los créditos contra la masa y los créditos privilegiados.

En definitiva, y sumidos en la regla de la prorrata, los créditos ordinarios se verán satisfechos en función de la liquidez de la masa activa y con la posibilidad cierta de verse sometidos a pagos parciales, esto es, de pago de cuotas cuyo importe no sea inferior al cinco por ciento del nominal de cada crédito (artículo 157.3 de la ley concursal). Incluso parece permitirse que el acreedor ordinario si lo consiente, pueda recibir un pago parcial inferior a ese cinco por ciento. Se modaliza en cierto sentido el artículo 1169 del Código civil, en cuya virtud, a menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación. También ha de tenerse en cuenta que, los créditos con privilegio especial, en la parte no satisfecha con los bienes y derechos afectos a sus garantías, son y serán créditos ordinarios y, por consiguiente, en esa parte o porción se sujetan al régimen jurídico de los créditos ordinarios. Esta situación, sin embargo, no ha de impedir que en aquellos supuestos que un crédito goce híbridamente de un privilegio especial y un privilegio general tenga que someterse irremisiblemente al dictado y a los cánones de los créditos ordinarios. Piénsese así en aquél crédito derivado de responsabilidad extracontractual garantizado con hipoteca inmobiliaria. En este supuesto, si el bien inmueble afecto al gravamen y, consiguientemente a un privilegio especial no fuese suficiente para la satisfacción íntegra del crédito, la parte del mismo no satisfecha seguirá sometida y por tanto, gozando de un privilegio, si bien en este caso general, el privilegio general *ex* artículo 90. 5 de la Ley concursal. Por tanto, tras los créditos prededucibles contra la masa activa, tras los créditos con privilegio especial y con privilegio general, pero eso sí, antes de los créditos postergados legalmente o subordinados, se pagarán los créditos ordinarios.

4.2. EL CRÉDITO PRIVILEGIADO

El privilegio tiene su razón de ser (aunque esta no sea homogénea para la enorme tipología de los mismos), su causa y su justificación funcional, esto es, es la herramienta o instrumento que permite la tutela del crédito, una tutela conflictual que permite discriminar y jerarquizar e incluso *degradar* a los acreedores concurrentes en un patrimonio deficitario y, que, al mismo tiempo, permite reducir los *costes de transacción* en la contratación de garantías dentro de lo que es una mayor o menor aversión al riesgo. Ahora bien, su abuso, como todo en la vida, genera importantes disfuncionalidades amén de desnaturalizaciones importantes. El privilegio por sí no aniquila el principio de la paridad ni tampoco conduce al ostracismo del crédito ordinario, su utilización desmesurada y egoísta sí, pues en cierto modo se traiciona así mismo. La preferencia creditual es una modalización del principio de responsabilidad patrimonial universal y que opera precisamente cuando actúa precisamente dicha responsabilidad (RDGRN de 28 de junio de 2005). No se busca tanto proteger al acreedor o acreedores del comportamiento del deudor como tratar de inmunizar a unos acreedores de la concurrencia y

de las pretensiones, legítimas, de los otros. El privilegio, al igual que la garantía real, infiere una válvula de escape a los acreedores ante determinadas conductas o comportamientos estratégicos tanto del deudor como de otros posibles acreedores. Es, acompañando y cualificando la garantía o el crédito garantizado, el mecanismo idóneo de aseguramiento que inmuniza los riesgos de ese mismo crédito frente a un escenario de insolvencia. Sin duda incide directa e indirectamente en el propio funcionamiento del mercado crediticio.

Es la medida o límite del riesgo que está dispuesto a asumir un concreto acreedor, sea de forma negocial, sea de forma legal. Inmuniza a su titular de posibles connivencias o decisiones oportunistas por parte del deudor en el concurso quien, no teniendo nada que perder, pues a lo sumo no superará el coste del propio concurso, se arriesga a adoptar arbitrariamente decisiones poco ecuanímenes y partidistas. Es una constante en importantes sectores doctrinales ver en los privilegios una excepción cuando no una perversión de la *par condicio creditorum*, así como los causantes del empobrecimiento o devaluación del patrimonio concursal. No ignoramos la relevancia de estas críticas que a la postre abogan por una nueva redimensión del valor de la paridad. Y al hablar de paridad, inescindiblemente hay que hacer referencia al valor o al paradigma distributivo.

El concurso es un fenómeno complejo, una institución compleja, donde son varios y distintos los intereses enfrentados, en conflicto. En la tensión de los mismos, pero sobre todo, en la resolución concursal de todos esos intereses no pocas veces contrapuestos, así como la preordenación de los mismos por *voluntas legis*, se encuentra la médula misma de un sistema concursal. Y es que preordenar créditos, reasignar posiciones (positivas y preferenciales o negativas y relegadas) en un concurso y esquivar la igualdad distributiva entre todos los acreedores, entraña riesgos, genera asimetrías, implica elecciones y optar por tutelar incluso legalmente posiciones jurídicas que de lo contrario quedarían relegadas. No debe olvidarse que es precisamente el tratamiento concursal de los créditos, donde las elecciones y decisiones del legislador se enfrentan a la realidad, a la hora de la verdad, la de primar y relegar, la de resituar o negar satisfacción endoconcursal, por lo que cobran fisonomía dentro del procedimiento concursal y máxime del crédito con privilegio el que muestra una mayor proclividad a esos intereses contrapuestos, a una intensidad conflictual.

Es el legislador quién ha optado por erigir el edificio tutelar del crédito a través de la preferencia, quién ha amputado y degradado o sobrevalorado y ultraprotegido determinados créditos -como por ejemplo los créditos por responsabilidad extracontractual- y por ende privilegios o causas de preferencia, quién además ha dejado abierta la puerta a una disociación de la categoría de privilegios en el derecho patrimonial en función de la concursalidad o no.

No olvidemos que crédito privilegiado significa, en primer lugar, crédito preferente y como toda preferencia tendrá una fundamental razón de ser, existir y justificarse en un marco de concurrencia, en este caso con otros acreedores. Si un acreedor puede garantizar la financiación que concede constituyendo una garantía sobre un bien del deudor que le permita una satisfacción prioritaria, entonces no cabe duda que es más eficiente que la regla de la *par condicio creditorum*. Sin duda, hoy en día, el principio de la *par condicio* tiene más de mito que de realidad. Por el camino, unos y otros, legislador, doctrina, jurisprudencia y grupos de interés, no han hecho otra cosa más que limitar, desvirtuar y degradar la esencia misma de la igualdad de trato entre acreedores, allí donde precisamente debería haber un tratamiento igualitario. El privilegio y, por mejor decir, su grado de resistencia, se hace valer frente a los demás acreedores y, especialmente, frente a aquellos que a su vez tratan de prevalerse de su

posición para cobrar con preferencia tanto en situaciones de concurrencia concursales como, en menor medida, en situaciones de tercerías. La preferencia actúa y se ejercita frente a quienes son los acreedores del deudor común, pero no respecto de éste, a quien ya sólo tangencialmente le afecta la preferencia en los pagos con el líquido de sus bienes. El deudor o bien ha concertado una causa de preferencia negocial, o bien no le ha quedado más remedio que pasar y aceptar la imposición de una causa de preferencia legal.

Los privilegios en tanto preferencias de un crédito son una cualidad intrínseca de tales créditos que les permiten anteponerse y preordenarse en el cobro ante la concurrencia de otros acreedores. Son una cualidad del crédito y, por consiguiente, una simple facultad atribuida al mismo. Las preferencias modulan, flexibilizan y atemperan el principio de la responsabilidad patrimonial universal y por extensión a la regla general de la *par condicio creditorum* que es inherente a esa responsabilidad genérica. La *par condicio creditorum* es y tiene que ser compatible con un tratamiento diferenciado de algunos acreedores. Los privilegios son, en definitiva, la excepción y la ruptura de la *par condicio creditorum* y de la ley del dividendo, de manera que los acreedores privilegiados no se someten a proporción alguna entre el total del activo del deudor común concursado y el pasivo. Es cierto que la *par condicio* es un efecto de la concursabilidad, pero ante un privilegio es una suerte de defecto de esa misma concursabilidad. No existe un derecho subjetivo a la *par condicio creditorum*, es una regla, un sistema. La Ley o la voluntad de las partes exoneran a estos acreedores titulares de créditos preferentes de someterse al principio general de igualdad de trato de los acreedores, y paralelamente conceden la facultad de cobrar con preferencia a los demás sobre el producto obtenido con la realización de los bienes del deudor.

En definitiva, la calificación como ordinario o subordinado hace referencia a una cualidad intrínseca del propio crédito, y esa es la verdadera calificación o clasificación del mismo, mientras que el ser especial o generalmente privilegiado es una cualidad añadida a un crédito ordinario.

4.2.1. Los privilegios especiales

Procedemos a continuación a desbrozar uno a uno los diferentes privilegios especiales, *recte*, causas de preferencia negocial que ha reconocido, calificado y clasificado el legislador concursal. Insistimos en la nota de la negociabilidad como causa y origen de los mismos, ya que el denominador común de estos privilegios especiales serán las garantías reales que pacten las partes y que aísla un bien o bienes o un derecho de las pretensiones de los demás acreedores. Si bien no todas las causas de preferencia especial tienen por qué ser garantías, dado que no lo son ni cumplen tamaño función, ni una condición resolutoria anudada a un contrato de compraventa, ni tampoco un arrendamiento financiero. Sólo una concepción amplia y generosa de la noción de garantía real o de acreedor con garantía real puede incluir junto a los genuinos derechos de realización o ejecución de valor, otros derechos que otorgan a su titular no la realización del valor de una cosa que es suya, sino la recuperación o bien de la posesión de los mismos, o bien de la propiedad.

El legislador además, ha procedido a realizar una *tipificación* de estas causas de preferencia, de modo que, fuera de estos privilegios tipificados o legalizados en la norma concursal, el resto de privilegios extraconcursales no tendrán eficacia ni consistencia en el procedimiento de ejecución universal. Se trata sin duda de una actitud decidida y valiente, pertrechada

además en el dictado del artículo 89.2 de la Ley Concursal cuando asevera que «no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley»; nos encontramos indudablemente ante una cláusula de cierre o válvula de seguridad que trata de evitar todo atisbo distorsionador en la graduación y clasificación llevada a cabo por el legislador concursal.

Se trata sin duda de evitar, primero, que se conculque ese principio de tipicidad y, segundo, y si cabe, más importante, atajar la extendida pero también dañina práctica de crear causas de preferencia por la recurrente, extendida pero también insoportable vía de las leyes especiales, las cuáles han terminado por vaciar y hurtar el sentido de toda graduación al tiempo que diluían el carácter tuitivo y amparador que debe tener todo privilegio.

En la enumeración, nunca jerarquización, que realiza el artículo 90 de los créditos con privilegio especial, destaca sobremanera la inclusión de prácticamente todo el espectro heterogéneo de garantías reales que conoce nuestro ordenamiento e incluso nuestra práctica, dado que por ejemplo, en el supuesto de la prenda de créditos, de marcada impronta práctica y jurisprudencial, es esta la primera vez que viene a reconocerse en sede legal. El artículo 90 se limita a numerar la tipificación de causas de preferencia especial pero nunca gradúa ni jerarquiza esa enumeración. Nada tiene que ver esa numeración cerrada, calculada y medida con una hipotética graduación. Es cierto que quizás la Ley Concursal ha perdido una buena ocasión para desterrar algunas garantías tan obsoletas como desconocidas en la praxis, mas también es cierto que quizás no es cometido de esta Ley tamaña injerencia en el derecho patrimonial. De una rápida lectura de este artículo se desprende que el peso de las garantías reales «adornadas» con un privilegio especial recae sobremanera en la hipoteca y la prenda, todo lo demás, son asimilaciones legales a estas figuras, bien siendo garantías, bien cumpliendo una función de *pseudogarantía* en las que su heteroeficacia viene medida en función de las normas regulatorias.

Son, conforme a los cánones del artículo 90 créditos con privilegio especial los siguientes:

1. Los créditos garantizados con hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes o derechos hipotecados o pignorados.
2. Los créditos garantizados con anticresis, sobre los frutos del inmueble gravado.
3. Los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado.
4. Los créditos por cuotas de arrendamiento financiero o plazos de compraventa con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, a favor de los arrendadores o vendedores y, en su caso, de los financiadores, sobre los bienes arrendados o vendidos con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago.
5. Los créditos con garantía de valores representados mediante anotaciones en cuenta, sobre los valores gravados.
6. Los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero. Si se tratare de prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha

fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados. La prenda en garantía de créditos futuros sólo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de la declaración de concurso, así como a los créditos nacidos después de la misma, cuando en virtud del artículo 68 se proceda a su rehabilitación o cuando la prenda estuviera inscrita en un registro público con anterioridad a la declaración del concurso.

Para que los créditos mencionados en los números 1 a 5 del apartado anterior puedan ser clasificados con privilegio especial, la respectiva garantía deberá estar constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros, salvo que se trate de hipoteca legal tácita o de los refaccionarios de los trabajadores.

El peso y el valor de las garantías reales son, sin lugar a dudas, extraordinarios, convirtiéndose en un genuino test de resistencia y a la vez imputación de la insuficiencia patrimonial del deudor concursado. No es menos cierto que el valor de una garantía real dentro de un procedimiento concursal no depende únicamente de un solo factor, todo lo contrario, depende de una pluralidad de factores y condicionantes, una pluralidad que hace que la misma sea eficaz y resista toda injerencia del concurso. Como ya hemos señalado, una garantía real, protege, inmuniza y aísla al acreedor frente a toda pretensión o ataque directo al valor patrimonial que la misma representa en tanto en cuanto el acreedor garantizado no haya sido satisfecho en su integridad. Si no lo hiciera perdería todo atractivo pero también y no menos importante, toda funcionalidad y toda razón de ser. Al mismo tiempo, una garantía real inmuniza a su titular de verse anudado y arrastrado frente a las decisiones de los demás acreedores, privilegiados o no, dentro y fuera del concurso.

El acreedor con garantía real y por tanto, con privilegio especial, escapa de verse atrapado por las conductas y decisiones estratégicas o menos estratégicas y, en todo caso, arriesgadas del deudor o de otros acreedores que no gozan de tanta preferencia. Ni siquiera han de pasar por las ulteriores decisiones y actuaciones del deudor concursado. Su posición les permite resguardarse al abrigo de todo cálculo, estrategia y connivencia, incluso de planteamientos de los administradores concursales que pueden tratar de arrastrarles en ciertas decisiones, dado el valor que supone su garantía para el patrimonio. Al acreedor con garantía real o bien se le atrae a un convenio, hartamente difícil, ya que presumiblemente éste supondrá una merma en el *quantum* de la deuda o en el plazo, sino ambas, o se le rescata el bien satisfaciendo el importe del crédito, pues sabe que siempre tendrá ese derecho de realización del valor que le brinda precisamente la garantía real.

Un acreedor con garantía real no ha de pechar con los costes de ejecución de un patrimonio débil y escaso. Una garantía no debe supeditarse a las vicisitudes de un procedimiento concursal si ello supone una desvalorización de la misma, así como una pérdida total o parcial de eficacia y funcionalidad. Sí es necesario preservar un cierto equilibrio entre los distintos intereses en juego, que no son pocos, por lo que la línea, la delicada línea es la del reequilibrio, mas eso sí, ésta no puede suponer en modo alguno ni supeditación ni tampoco inmunidad absoluta de las garantías reales en el denso y complejo bosque del procedimiento concursal.

Ni siquiera la máxima de salvar a las empresas en crisis puede significar correlativamente sacrificar los intereses de un acreedor con garantía real. Como tampoco la inmunidad absoluta.

Respecto al pago de estos créditos ha de señalarse que este pago de los créditos tutelados con un privilegio especial es un pago complejo por mucho que el privilegio afecte a un bien o a un

derecho concreto, abstraído e inmunizado del resto de pretensiones de otros acreedores. Su satisfacción se hará exclusiva y excluyentemente con cargo a los bienes y derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva. Son créditos privilegiados que se pagan con cargo a las resultas de la realización forzosa de los bienes que sirven como garantía, si bien, también es posible la existencia de otros medios o modalidades de satisfacción de estos mismos créditos ajenos a una ejecución y, por tanto, ajenos también a un *ius vendendi*, como son el ejercicio del derecho de rescate por parte de la administración concursal, con la correspondiente conversión del crédito con privilegio especial en crédito contra la masa y, por otra parte, la posibilidad de enajenación del bien afecto y objeto del privilegio especial con subsistencia de la garantía real si es que es una garantía real y el consiguiente privilegio, provocando la subrogación del adquirente, del accipiens, en la obligación del concursado (vid. artículo 155.3 de la Ley Concursal).

Carece de trascendencia el hecho de que la ejecución del bien o derecho garantizado se produzca como consecuencia del *ius distrahendi* implícito a una ejecución separada o que sea colectiva, ya que nada impide individualizar las resultas y el montante de la ejecución. Respecto de tales bienes que son objeto de una garantía y por ende de un privilegio especial, estos se abonan antes incluso que las deudas de la masa o créditos contra la masa. El propio artículo 154.3 de la Ley Concursal a la hora de regular el pago de los créditos contra la masa establece que las deducciones para atender al pago de los créditos contra la masa se harán con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial.

No olvidemos asimismo la posibilidad que tienen los administradores concursales de pagar con cargo a la masa y sin necesidad de llegar a la realización de los bienes y derechos afectos aquellas obligaciones que tienen como garantía una de estas causas de preferencia siempre y cuando no transcurran los plazos señalados en el artículo 56 de la Ley Concursal o subsista la suspensión de la ejecución a que se refiere el apartado 2 del mismo artículo. De este modo la administración concursal si lo estima conveniente podrá comunicar a los titulares de los créditos con privilegios especiales que opta por atender el pago de sus créditos con cargo a la masa y sin necesidad por tanto de proceder a la ejecución de aquellos bienes que a tales garantías estaban afectos. Lo que no hace el legislador en ningún momento es establecer límites a esta discrecionalidad de los administradores. No hubiera estado de más que el legislador hubiera establecido algunos parámetros que permitieran conocer previamente cuál sea la posible elección de los administradores o fijara el marco conforme al cual pudieran ejercitar la opción para pagar los créditos con esta suerte de privilegios. Las decisiones de oportunidad y discrecionalidad no siempre han de casar bien del todo con una correcta o incorrecta conducta y actuación de los administradores. Se satisfarán así todos los plazos de amortización y los intereses vencidos y asumirá la administración concursal la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa. Como es obvio esta posibilidad o facultad está pensada para supuestos de continuidad en la actividad empresarial. Se minimiza con ello el efecto inmediato que, sobre el patrimonio concursal, provocan los grandes depredadores del mismo, es decir, los acreedores hipotecarios y pignoratícios, los cuales ponen en peligro, cuando no impiden, la continuación de la empresa.

La realización de estos bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará en subasta, salvo que, en su caso, el juez autorice la venta directa al oferente por un precio superior al mínimo que se hubiere pactado y con pago al contado.

4.2.2. Los privilegios generales

En el artículo 91 de la Ley Concursal se enumeran los créditos que gozan de privilegio general, o lo que es lo mismo, de privilegio en sentido estricto o por antonomasia, ya que es una causa de preferencia de origen legal, y en las que su causa y, por tanto, su origen, descansan en una decisión del legislador que expresamente confiere y considera a tales créditos como dignos de cobro preferente. El legislador ha reducido el elenco de privilegios generales si bien ha terminado por introducir dos nuevos privilegios que en cierto modo responden a una categoría emergente y que en otros ordenamientos jurídicos ya gozaban de tal atributo, nos referimos al privilegio del acreedor instante del concurso y al del acreedor por responsabilidad civil extracontractual que desde hacía tiempo llamaban con cierta insistencia a la puerta de las causas de preferencia.

Estamos por tanto ante la manifestación más pura y genuina de los privilegios, unos privilegios que, en cuanto preferencias del crédito se exteriorizan en estado puro, despojados de cualquier otra facultad o poder. Estamos ante la esencia y la autenticidad de los créditos que gozan por atributo y decisión legal de una cualidad que protege al crédito y en suma blindada al acreedor titular del mismo. Privilegios que el legislador crea, irroga, que, en algunos casos no están exentos de cierta polémica y discusión pero en los que son múltiples los condicionantes que entran en juego a la hora de valorar la racionalidad y justificación de los mismos. Más discutible es dirimir si entre el privilegio especial y el privilegio general pende una relación de subordinación o no, o lo que es lo mismo de jerarquización estricta. No es nuestra intención entrar ahora a dilucidar tales extremos. Mas lo cierto es que el acreedor de un crédito titular de un privilegio especial cobra antes que un titular de privilegio general por las resultas de la realización de determinados bienes concretos, mientras que los generales cobran de las resultas de la realización forzosa de los bienes y derechos no afectos a los créditos con privilegio especial y del remanente o sobrante de la realización de los bienes o derechos afectos a privilegios especiales. En cierto sentido, los créditos con privilegio general son de peor rango que los créditos con especial privilegio, ya que en caso de liquidación del concurso, aquéllos sólo tienen derecho a ser satisfechos con preferencia a los acreedores ordinarios y subordinados. A continuación desbrozaremos el sentido y lugar que el legislador ha querido deparar para estos privilegios.

Son créditos con privilegio general para la norma concursal los siguientes (art. 91):

1. Los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago, las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional, las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, devengados con anterioridad a la declaración de concurso. Igual privilegio ostentarán los capitales coste de Seguridad Social de los que sea legalmente responsable el concursado, y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, siempre que sean devengadas con anterioridad a la declaración de concurso.
2. Las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de Seguridad Social debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal.
3. Los créditos de personas naturales derivados del trabajo personal no dependiente y los que

correspondan al propio autor por la cesión de los derechos de explotación de la obra objeto de propiedad intelectual, devengados durante los seis meses anteriores a la declaración del concurso.

4. Los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del artículo 91.2. Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el 50 % de su importe.

5. Los créditos por responsabilidad civil extracontractual. No obstante, los daños personales no asegurados se tramitarán en concurrencia con los créditos recogidos en el número 4.º de este artículo.

Los créditos en concepto de responsabilidad civil derivada de delito contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.

6. Los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación que reúna las condiciones previstas en el artículo 71.6 y en la cuantía no reconocida como crédito contra la masa.

7. Los créditos de que fuera titular el acreedor a instancia del cual se hubiere declarado el concurso y que no tuvieren el carácter de subordinados, hasta el 50 % de su importe

4.3. LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS

Una de las grandes novedades que en su momento introdujo la Ley Concursal consistió en la aparición de la categoría de los acreedores subordinados, cuyos créditos se regulan en los artículos 92 y 93. Una categoría que no ha estado exenta de polémica tanto doctrinal como jurisprudencial, que ya se conocía en nuestro ordenamiento y que se introducía en ese momento con cierto brío en la norma concursal. Subordinar puede significar en una concepción vulgar, bien una relación de dependencia, bien clasificar algo como inferior respecto de otra u otras cosas, y ambas se ajustan acompasadamente al marco que ha querido diseñar el legislador en la Ley Concursal. Subordinaciones automáticas y subordinaciones convencionales conviven en la norma concursal. Pero sin duda donde el legislador de 2003 se equivocó y tímidamente enmendó el de 2009, ha sido en la técnica subordinatoria. Sin importar causas ni motivaciones, algunas probablemente justificadas, y todas sin duda heterogéneas, tampoco sin indagar o perimetrar la naturaleza jurídica del crédito subordinado, la *ratio* y por qué de los mismos, ha extendido *ope legis* un manto de sospecha, de imputación de conocimiento y de influencia de unos acreedores especialmente próximos ya sea por vínculos de sangre o afinidad o profesionales o de gestión, que implicaba la automaticidad en la subordinación de sus potenciales créditos. No reprocha siquiera, imputa, objetiviza las conductas de un modo per se, automático. Y las consecuencias son la relegación absoluta del acreedor subordinado, postergación de su papel y rol en juntas y adhesiones así como voto, del que no disfrutaban con independencia de la magnitud cuantitativa del crédito que titulan, imposibilidad de ser nombrado administrador concursal, pérdida de las garantías que tengan estos créditos si los acreedores son calificados como personas especialmente relacionadas con el deudor. Y en el peor de los casos el acreedor subordinado si llega a calificarse como cómplice del concursado culpable, perderá el crédito de modo íntegro (*ex* artículo 172.2.3º de

la norma concursal).

Subordinación en la Ley Concursal es sinónimo de degradación, de debilitamiento, sea ésta impuesta o consentida. La subordinación implica la voluntad de otorgar un trato desfavorable a ciertos créditos que el legislador ha señalado con su dedo, pero también significa e implica la de mejorar frente a los postergados el tratamiento de otros créditos, cuales son, los ordinarios. Inmunizados los privilegiados, son los ordinarios, los grandes olvidados de la norma concursal, los que intermedian entre aquéllos y éstos. Se materializa el menor valor de ciertos créditos a través de la técnica subordinatoria, sea ésta convencional o por pacto, lo sea de un modo automático y legal. Y se hace a través de una automaticidad que no permite elusión, o se es o no se es. Pero un juez no puede atemperar la técnica subordinatoria analizando y sopesando las circunstancias concretas del crédito y la situación real de los acreedores en su influencia o no, conocimiento o ignorancia de la situación económico patrimonial del concursado. No por ser cónyuge, padre, hijo, hermano, incluso socio se tiene por qué conocer a ciencia exacta ni siquiera por aproximación la verdadera magnitud de la situación patrimonial. Ni conocen ni tampoco en demasiadas ocasiones tienen el más mínimo resquicio o posibilidad de ejercer influencia en las decisiones del deudor. Sin embargo sí se admite, o se relaja el automatismo de la subordinación, dando un mayor protagonismo al juez del concurso, previo informe de la administración concursal cuando estamos ante créditos derivados de contratos con obligaciones recíprocas que se regulan o dimanan de los artículos 61, 62, 68 y 69 de la norma concursal cuando el juez constate, tras el informe de la administración, que el acreedor obstaculiza de forma reiterada el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso. Así las cosas, esa actitud proactiva y activa, que entorpece el cumplimiento de las obligaciones y daña al concurso en su interés, permite al juez modular o no la subordinación.

En cierto modo con la subordinación se conjura y destierra el peligro de que un poco diligente deudor termine apropiándose del valor residual que quede en el patrimonio concursal en el infrecuente y poco probable supuesto de que llegue a existir un remanente tras la satisfacción completa del resto de acreedores. De lo contrario, obtendría paradójicamente más valor del que habría tenido o le hubiera correspondido *ex ante*, ya que se quedaría con el valor residual de un patrimonio limpio de deudas. La subordinación supone simplemente que el crédito de uno o varios acreedores, queda clasificado como inferior en la graduación de créditos respecto de otro u otros créditos que, sin subordinación, serían, sino de mayor rango, al menos sí del mismo rango. Pero no sólo implica esa clasificación inferior o relativizada sino que además, la lista de créditos que se configura en el artículo 92 es una categoría fuertemente jerarquizada igual que sucede con la lista del artículo 91 relativa a los créditos con privilegio general. No se enumeran, todo lo contrario, se gradúan los créditos subordinados.

La financiación subordinada permite a una sociedad engrosar sus fondos propios al postergar el rango crediticio de la financiación respecto del pasivo social no subordinado. Es cierto que por esta vía el acreedor aumenta exponencialmente su cuota de riesgo en aras de reforzar su vínculo al proyecto empresarial. Supuestos de financiación subordinada son aquellos procesos de refinanciación de empresas en crisis, por medio de la cual se aumenta el montante de los capitales vinculados al riesgo empresarial, y se incrementa entre otros extremos los plazos de recobro y los *ratios* de endeudamiento. No sin ello exigir por su parte ciertas contraprestaciones que se traducen en concretas exigencias del financiador a la sociedad financiada. También estamos ante supuestos de financiación subordinada, en aquellos casos de incentivación por parte de los poderes públicos para reflotar empresas en crisis o

reconversión.

Son créditos subordinados:

1. Los créditos que, habiendo sido comunicados tardíamente, sean incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores, así como los que, no habiendo sido comunicados, o habiéndolo sido de forma tardía, sean incluidos en dicha lista por comunicaciones posteriores o por el juez al resolver sobre la impugnación de ésta. No quedarán subordinados por esta causa, y serán clasificados según corresponda, los créditos del artículo 86.3, los créditos cuya existencia resultare de la documentación del deudor, los que consten en documento con fuerza ejecutiva, los créditos asegurados con garantía real inscrita en registro público, los que constaren de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial, y aquellos otros para cuya determinación sea precisa la actuación de comprobación de las Administraciones públicas.
2. Los créditos que por pacto contractual tengan el carácter de subordinados respecto de todos los demás créditos contra el deudor.
3. Los créditos por recargos e intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía.
4. Los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias.
5. Los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo siguiente, excepto los comprendidos en el artículo 91.1.º cuando el deudor sea persona natural y los créditos diferentes de los préstamos o actos con análoga finalidad de los que sean titulares los socios a los que se refiere el artículo 93.2.1.º y 3.º que reúnan las condiciones de participación en el capital que allí se indican.
6. Los créditos que como consecuencia de rescisión concursal resulten a favor de quien en la sentencia haya sido declarado parte de mala fe en el acto impugnado.
7. Los créditos derivados de los contratos con obligaciones recíprocas a que se refieren los artículos 61, 62, 68 y 69, cuando el juez constate, previo informe de la administración concursal, que el acreedor obstaculiza de forma reiterada el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso.

Por otra parte se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona natural:

1. El cónyuge del concursado o quién lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, su pareja de hecho inscrita o las personas que convivan con análoga relación de afectividad o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.
2. Los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado o de cualquiera de las personas a que se refiere el número anterior.
3. Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del concursado.

Y serán o son consideradas personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica:

1. Los socios que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean

titulares de, al menos, un 5 % del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 % si no los tuviera.

2. Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieren sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

3. Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios comunes, siempre que éstos reúnan las mismas condiciones que en el número 1.º de este apartado.

4. Salvo prueba en contrario, se presumen personas especialmente relacionadas con el concursado los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a cualquiera de las personas mencionadas en los apartados anteriores, siempre que la adquisición se hubiere producido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

Sin duda, reconociendo a los privilegios especiales y generales como una excepción positiva en relación con los créditos ordinarios, la propia Ley Concursal crea y ejecuta con su misma *potestas* una «nueva» categoría negativa en nuestro derecho, -los *créditos subordinados*-, y que constituyen la *antítesis* y reverso del privilegio, el antiprivilegio, mas eso sí, en perfecta sintonía con lo pergeñado en el resto de ordenamientos europeos. Créditos relegados, debilitados, estigmatizados por una presunción y una *ratio* que no ha sabido naturalizar ni explicar el legislador como tantas y tantas veces. La subordinación contrariamente a las virtualidades que supone un privilegio implica una postergación o relegación en la tutela del crédito, discriminando negativamente a los acreedores subordinados frente al resto de los acreedores. Son una suerte de créditos residuales, debilitados, degradados, y desvalorizados por la propia norma concursal y de acreedores bajo sospecha que se ven desfavorecidos por *voluntas legislatoris* en la escala graduatoria de los créditos situándose por detrás de los ordinarios.

En cierto sentido, esta postergación supone para algunas causas de subordinación, aunque no para todas, un castigo o sanción legal sobre unos acreedores específicos y ante unas circunstancias concretas. Como bien se ha dicho, el reconocimiento de estos créditos *ope legis* o créditos antiprivilegio producen el efecto contrario del privilegio. Finalmente como nota común de estos créditos subordinados, los mismos suponen una considerable merma de los derechos, que, de otro modo, corresponderían a estos titulares de créditos subordinados.

Así, no podrán formar parte de la administración concursal; no tienen derecho de voto en la junta de acreedores; quedan vinculados por el contenido del convenio aunque ni siquiera hubieran votado a favor; les afectan las mismas quitas y esperas establecidos en el convenio para los créditos ordinarios, si bien podrán aceptar propuestas alternativas de convenio; asimismo en caso de liquidación, sus créditos son postergados a todos los demás, viendo extinguidas las garantías de cualquier clase que tuviesen constituidas y por tanto, viéndose, en su caso, obligados a la restitución posesoria y exponiéndose a que aquellas prendas o hipotecas registradas sean canceladas.

CASO PRÁCTICO

format:sangrado:izq

Al final del capítulo siguiente se plantea un único caso práctico que integra cuestiones relativas a ambos temas.

BIBLIOGRAFÍA

format:sangrado:fran

ALONSO LEDESMA, «Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación», *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, [GARCÍA VILLAVERDE (Dir.)], Madrid, 2003, págs. 357 y ss.

format:sangrado:fran

BELTRÁN(et. al.), *La reforma concursal*, Cizur Menor, 2011.

format:sangrado:fran

ESPIGARES HUETE, *La acción rescisoria concursal*, Cizur Menor, 2011.

format:sangrado:fran

FERNÁNDEZ SEIJO, «Acuerdos de refinanciación y rescisoria concursal», en AA VV, *La Reintegración en el Concurso de Acreedores*, [GARCÍA CRUCES (Dir.)], Cizur Menor, 2009, págs. 273-274.

format:sangrado:fran

PULGAR EZQUERRA, J., «Rescisión concursal y refinanciaciones bancarias», *La Ley* núm. 7097 (21 de enero 2009), págs. 1-8.

format:sangrado:fran

VEIGA COPO, *La masa pasiva del concurso de acreedores*, Cizur Menor, 2010.

format:sangrado:fran

- *Los privilegios concursales*, 2ª ed., Granada, 2008.

TEMA 11

La conclusión del concurso de acreedores: liquidación y calificación

Daniel Prades Cutillas

SUMARIO

- 1. El Convenio de Acreedores
 - 1.1. Contenido del Convenio
 - 1.2. Propuesta de Convenio
 - 1.2.1. La Propuesta Anticipada y su aceptación
 - 1.2.2. Propuesta Ordinaria
 - 1.3. La Junta de Acreedores
 - 1.3.1. Constitución
 - 1.3.2. Deliberación y votación
 - 1.4. Aprobación Judicial
 - 1.5. Eficacia y Cumplimiento del Convenio
- 2. La fase de liquidación: apertura y efectos
 - 2.1. Apertura de la Fase de Liquidación
 - 2.1.1. Liquidación Voluntaria
 - 2.1.2. Liquidación Obligatoria
 - 2.1.3. Liquidación Necesaria
 - 2.1.4. Liquidación Forzosa o de Oficio
 - 2.2. Efectos
 - 2.2.1. Sobre el concursado
 - 2.2.1.1. Persona física
 - 2.2.1.1.1. Suspensión plena de las facultades patrimoniales
 - 2.2.1.1.2. Imposibilidad de continuar en el ejercicio de la actividad
 - 2.2.1.1.3. Extinción de los alimentos
 - 2.2.1.2. Persona jurídica
 - 2.2.1.2.1. Disolución de la sociedad
 - 2.2.1.2.2. Cese de los administradores y liquidadores
 - 2.2.1.2.3. Embarco preventivo
 - 2.2.1.2.4. Inicio de la Acción contra socios subsidiariamente responsables de las deudas sociales
 - 2.2.2. Sobre los créditos
 - 2.2.2.1. Sustitución procesal
 - 2.2.2.1.1. Ejercicio de acciones del concursado
 - 2.2.2.1.2. Ejecución de garantías reales
 - 2.2.2.1.3. Vencimiento y liquidación anticipados
- 3. Las operaciones de liquidación
 - 3.1. Garantías del procedimiento
 - 3.2. Reintegración y Reducción
 - 3.3. El Plan de Liquidación
 - 3.4. Reglas supletorias
 - 3.4.1. Venta en bloque
 - 3.4.2. Venta de unidades productivas independientes
 - 3.4.3. Venta de bienes afectos a créditos con privilegio especial
 - 3.4.4. Procedimiento de adjudicación
 - 3.5. El pago a los acreedores
 - 3.5.1. Créditos contra la Masa
 - 3.5.2. Créditos con privilegio especial
 - 3.5.3. Créditos con privilegio general

- [3.5.4. Créditos ordinarios](#)
- [3.5.5. Créditos subordinados](#)
- [3.5.6. Créditos plurales](#)
- [4. La calificación del concurso](#)
 - [4.1. Concurso culpable y fortuito](#)
 - [4.2. Apreciación de la culpabilidad](#)
 - [4.2.1. Apreciación causal](#)
 - [4.2.2. Apreciación directa](#)
 - [4.2.3. Apreciación objetiva](#)
 - [4.3. Consecuencias de la sentencia de culpabilidad](#)
 - [4.3.1. Contenido de la sentencia](#)
 - [4.3.2. Consecuencias personales: inhabilitación](#)
 - [4.3.3. Consecuencias patrimoniales](#)
 - [4.3.4. Extensión de la responsabilidad patrimonial en el Concurso](#)
- [5. Conclusión y reapertura del concurso](#)
 - [5.1. Conclusión del Concurso](#)
 - [5.1.1. Conclusión por improcedencia del Concurso](#)
 - [5.1.2. Conclusión por insolvencia del Concurso](#)
 - [5.1.3. Efectos de la Conclusión del Concurso](#)
 - [5.2. Reapertura del Concurso](#)
 - [5.2.1. Persona física](#)
 - [5.2.2. Persona jurídica](#)

[Caso práctico](#)

[Bibliografía](#)

1. EL CONVENIO DE ACREEDORES

La Ley Concursal declara expresamente, en su *Exposición de Motivos*, VI, que la solución natural del procedimiento es el logro de un acuerdo de pago entre el deudor y sus acreedores, al que denomina Convenio y cuya adopción fomenta y facilita en todo lo posible, tanto formalmente -facilitando su proposición y agilizando su tramitación- como materialmente, al admitir quitas de hasta el 50% de las deudas y esperas de hasta cinco años y aceptar soluciones alternativas como la conversión de deudas en capital.

Se trata en realidad de posibilitar, mediante la solución convenida en lugar de la tradicional liquidatoria, la prosecución de la actividad empresarial -incluso en manos de tercero, separando la gestión de la empresa del empresario concursado- cuando ésta sea viable, evitando así la pérdida de empleo y actividad. Sin embargo, y a pesar de tan encomiables intenciones, la práctica ha demostrado la inadecuación de la intención normativa a la realidad práctica, y la solución convenida sólo sale adelante en una escasa fracción del total de concursos hasta ahora tramitados, mientras la liquidatoria -con la conclusión por insuficiencia de masa activa en segundo lugar- ha acabado por convertirse en la solución habitual.

La regulación legal del convenio y su tramitación está contenida en el Capítulo I del Título V de la Ley, arts. 98 a 141, con las necesarias remisiones a otros preceptos, y organizada en ocho Secciones, de las cuales la Ley 38/2011 ha dejado sin contenido la primera, tratando sucesivamente las siete restantes de la Propuesta y sus adhesiones (arts. 99 a 103), de la Propuesta anticipada (arts. 104 a 110), Apertura de la fase de Convenio (arts. 111 a 115), Junta de Acreedores (arts. 116 a 126), Aprobación judicial (arts. 127 a 132), Eficacia (arts. 133 a 136) y finalmente normas sobre el Cumplimiento del Convenio (arts. 137 a 141).

-

1.1. CONTENIDO DEL CONVENIO

Consiste el Convenio en la aprobación de un auténtico plan de viabilidad de la empresa, en el que constará un plan de pagos detallado, con mención expresa de los recursos existentes así como de aquellos otros que se prevea conseguir, ya sea mediante la enajenación de activos o a través de la continuación de la actividad empresarial (art. 100.4 y 5 LC). Se trata de lograr un acuerdo de pago entre las partes, con lo que lógicamente el contenido de la propuesta habrá de consistir en un conjunto de medidas encaminado a la satisfacción, en lo posible, de las deudas. Por ello el protagonismo entre las medidas recae fundamentalmente en las tradicionales quitas, o condonaciones parciales de los débitos, y esperas, es decir alargamiento de los plazos de pago previstos. Pero, aun siendo el Convenio el final pretendido por la ley, no se trata tampoco de obtener a toda costa acuerdos que resulten gravemente perjudiciales para los acreedores, consintiendo un impago generalizado o un alargamiento insostenible de los plazos, por lo que la ley establece por una parte límites infranqueables por el acuerdo, y por otra consecuencias que normalmente el concursado habrá normalmente de evitar.

Como límite del convenio se establece la regla del 5 y 50: las esperas no podrán exceder en teoría de los cinco años de retraso en los plazos previstos, mientras las quitas no podrán superar el 50% de los créditos afectados (art. 100.1 LC). Excepcionalmente podrá el juez autorizar convenios que superen una o ambas barreras, si se trata de empresas «de especial trascendencia para la economía» -si bien la ley no aclara a qué se refiere en concreto con la fórmula en cuestión- y si además se pide expresamente y se acompaña un plan de viabilidad que contemple la excepción solicitada. También se prevé expresamente la transgresión de estos límites, con autorización motivada por parte del juez, en los supuestos de solicitud anticipada de convenio, si viene acompañada de plan de viabilidad de la empresa que a su vez prevea la continuidad de la explotación (art. 104.2 LC).

De otro lado, y para estimular los convenios en general y con acuerdos menos desfavorables a los acreedores, se establece la regla de eximir del trámite de calificación (vid. *infra* 4.1) a los convenios en los que la quita no exceda del tercio de los créditos y la espera de tres años (art. 167.1 LC) evitando así la declaración de culpabilidad del concurso y la extensión patrimonial de sus consecuencias a los administradores de sociedades.

Además de las quitas y esperas, admite la ley la proposición de otras medidas alternativas, que no enumera por lo que quedan a la libertad de las partes (art. 100.2 LC). Sí cita, a título de ejemplo, la posibilidad de conversión de créditos en capital o su transformación en créditos participativos. Igualmente refiere la ley la posibilidad de la enajenación parcial de la empresa para atender los pagos, ya sea de elementos patrimoniales individualmente e incluso de unidades productivas autónomas susceptibles de explotación separada, ya sea independiente o mediante su incorporación a otra empresa, debiendo en tal caso oírse previamente a los trabajadores afectados.

Como límite general, queda excluida terminantemente la posibilidad de las cesiones y daciones en pago y para pago, con la excepción prevista en el art. 155.4 para los bienes afectos a privilegio especial. Tampoco cabe alterar en el plan de pagos la calificación de los créditos prevista por la ley ni la cuantía aceptada -salvo las quitas acordadas- o proponer cualquier forma de liquidación global, con excepción de las posibilidades de fusión, escisión o cesiones globales de activo y pasivo.

Los acreedores podrán adherirse a cualquier propuesta de convenio realizada, mediante comparecencia ante el Secretario judicial o ante notario -mediante acta que se incorporará a los autos- en la que expresarán la cuantía y clase de sus créditos y su conformidad con las condiciones de pago propuestas (art. 103 LC).

-

1.2. PROPUESTA DE CONVENIO

El procedimiento establecido en la ley prevé diversas opciones para la propuesta de convenio. Básicamente caben las opciones de proposición por el deudor y por sus acreedores, en diferentes circunstancias. Por el momento de su tramitación, distingue la ley dos opciones, la Propuesta Ordinaria -por el deudor o los acreedores- para su discusión en la Junta de Acreedores prevista en la tramitación común, y la Propuesta Anticipada, realizada por el deudor, que evita la discusión en la Junta si previamente se obtiene el suficiente número de adhesiones de acreedores a la propuesta, simplificándose así la tramitación. A su vez la celebración formal de la Junta, en el caso de propuesta Ordinaria, puede ser sustituida por una tramitación escrita simplificada.

-

1.2.1. La Propuesta Anticipada y su aceptación

Se trata aquí de facilitar la aprobación de un Convenio sin necesidad de agotar la tramitación de la fase común del Concurso, ahorrando así tiempo y gestión y, consecuentemente, costes del procedimiento. Cabe la presentación de la propuesta anticipada en cualquier momento desde la solicitud voluntaria de concurso, a la que se puede acompañar, o desde la declaración del concurso cuando es concurso necesario (art. 105 LC). El límite temporal lo marca en ambos casos la expiración del plazo de comunicación de los créditos.

Para su admisión a trámite, la Propuesta habrá de contar con la adhesión de parte sustancial de los acreedores. Las adhesiones habrán de alcanzar, en el caso general, al menos el 25% del total pasivo del concurso que haya sido declarado por el deudor; excepcionalmente y para el caso de que la propuesta se acompañe a la solicitud del concurso voluntario, bastará con que se alcance el 10% (art. 106 LC), debiendo ser rechazada su tramitación por el juez si no se alcanzan los mínimos establecidos.

Aceptada su tramitación, la administración concursal deberá pronunciarse sobre su contenido, evaluándolo de forma favorable o desfavorable mediante informe que emitirá en plazo de diez días. Esta valoración sólo será vinculante para su tramitación en caso de ser favorable, de no serlo deberá el juez decidir sobre su rechazo inmediato o la continuación del trámite (art. 107 LC). De resultar definitivamente admitida, los acreedores podrán libremente adherirse a la propuesta -o revocar su adhesión previa si su crédito se modificase- hasta el momento en que se produzca la firmeza del inventario y la lista de acreedores -esto es antes del momento procesal en que debiera convocarse la Junta de Acreedores. Llegado este punto se verificará por el secretario el volumen de adhesiones, y de alcanzarse la mayoría prevista legalmente (vid. *infra* 1.3.2) proclamará la aprobación del convenio.

Si resulta aprobada la propuesta anticipada, el juez se pronunciará ya sea dictando sentencia de conclusión del procedimiento y aprobación del convenio o rechazando el convenio si procediera legalmente (vid. *infra* 1.4). En caso de rechazo por los acreedores o el juez, éste

requerirá al deudor para que manifieste si mantiene la propuesta de cara a su discusión en la Junta de Acreedores -en cuyo caso los acreedores adheridos se considerarán asistentes y favorables a la aprobación- o si solicita directamente la liquidación, procediendo a continuación a la apertura de la fase procesal correspondiente.

Por tratarse de una tramitación privilegiada, considerada objetivamente beneficiosa para el deudor, la ley prohíbe acogerse a la propuesta anticipada a quienes hayan sido condenados previamente por delitos de falsedad documental o contra el patrimonio, la Hacienda Pública, la Seguridad Social o los derechos de los trabajadores, así como a aquellos deudores que hayan incumplido la obligación de depositar las cuentas anuales en uno de los tres ejercicios anteriores. Cabe igualmente la revocación de su admisión a trámite de conocerse con posterioridad la concurrencia de cualquiera de estas circunstancias.

1.2.2. Propuesta Ordinaria

Entendemos como ordinaria la propuesta de convenio realizada para su discusión y valoración en la fase procesal propiamente de Convenio, es decir para su sometimiento a la decisión de la Junta de Acreedores. La propuesta se presentará después de cerrado el plazo de comunicación de los créditos -si fuera presentada antes será propuesta anticipada- y hasta el cierre definitivo de la lista de acreedores, y puede ser tanto realizada por el deudor como por uno varios acreedores que sumen en conjunto la quinta parte de los créditos, todo ello salvo que exista previa solicitud de liquidación por el deudor (art. 113 LC). Cerrado el plazo inicial de presentación se convocará la Junta de Acreedores, pudiendo ahora presentarse de nuevo propuesta, si no se hizo antes, por los mismos interesados y hasta cuarenta días antes de la fecha prevista para la celebración de la Junta.

La propuesta presentada, en uno u otro de los momentos previstos, deberá ser admitida a trámite por el juez. De no existir ninguna, o rechazarse por defecto procesal todas las presentadas, se acordará por el juez, sin más trámite, la apertura de la fase de liquidación (art. 114.2 LC).

Admitida a trámite, la propuesta se trasladará a la administración concursal para su informe, cuyo escrito se incorporará a la propuesta quedando ambos de manifiesto en el juzgado para su consulta por los interesados. Hasta el momento del cierre de la lista de asistentes a la junta se aceptarán las adhesiones de los acreedores que lo deseen, tales adhesiones no serán revocables, pero si quienes las expresan asisten con posterioridad a la Junta, podrán cambiar en ésta el sentido de su voto (art. 115.3).

Podrá acordarse por el juzgado tramitación escrita de la propuesta (art. 115 bis LC), suprimiéndose la celebración formal de la Junta, en tal caso se señalará en el mismo auto que la acuerde la fecha límite -plazo de dos meses- para presentar tanto las adhesiones como los votos contrarios al acuerdo. Finalizado este plazo se verificará y proclamará por el Secretario el resultado de las votaciones, dictando el juez sentencia aprobatoria del convenio si se ha alcanzado la mayoría necesaria, o, en caso contrario, la apertura de la fase de liquidación.

1.3. LA JUNTA DE ACREEDORES

La aprobación de la propuesta ordinaria de convenio, salvo que se someta a la tramitación

escrita, debe realizarse mediante su discusión y votación por los acreedores reunidos en Junta, según las siguientes reglas.

-

1.3.1. Constitución

La ley obliga a asistir a la Junta de Acreedores a los Administradores Concursales, cuya inasistencia será causa de remoción del cargo, con obligación de reintegrar a la masa los honorarios percibidos hasta el momento. También es obligatoria la asistencia del concursado, si bien puede enviar a un representante con poderes plenos de administración, además de asistir acompañado de letrado (art. 117 LC). A su vez tienen derecho a asistir todos los acreedores incluidos en la lista definitiva, quienes pueden también designar un representante específico o conferir representación a otro acreedor o a un tercero que represente a varios de ellos; todos estos apoderamientos se realizarán ante notario o por comparecencia personal ante el Secretario judicial.

Los acreedores privilegiados tienen derecho de abstención en la Junta, y no resultarán afectados por los acuerdos de ésta (art. 123 LC). Pueden no obstante asistir a la misma, sin que su presencia se compute a efectos de quórum, e intervenir en las deliberaciones, pero si llegasen a emitir voto favorable al acuerdo, y éste resulta finalmente aprobado, quedarán sometidos a los efectos del mismo (art. 123.2 LC y 124 in fine). Aclara la ley que en caso de que el mismo acreedor ostente créditos privilegiados y ordinarios, su voto se considerará exclusivamente con relación a éstos, salvo manifestación expresa en contrario por parte del interesado en el momento de la votación. No tendrán derecho de voto los acreedores subordinados ni los adquirentes del crédito con posterioridad a la apertura del concurso, salvo que se trate de créditos integrados en la adquisición universal -por su nuevo titular- del patrimonio del acreedor original (art. 122 LC).

La Junta se constituirá bajo la presidencia del juez, quien puede delegar esta función en un administrador concursal, desempeñando el secretario judicial la función de secretaría. Para su válida constitución, habrán de asistir acreedores que representen al menos la mitad del pasivo ordinario (art. 116 LC) que conste en la lista definitiva de acreedores.

Se elaborará en primer lugar la lista de asistentes, en la que se especificarán, en su caso, las asistencias por representación, y se anexará al acta propiamente dicha. Durante su celebración los acreedores podrán solicitar las informaciones que precisen sobre el informe de la administración, la propuesta de convenio y el informe de valoración de ésta.

-

1.3.2. Deliberación y votación

Abierta la sesión por el presidente de la junta, se procederá a la aprobación de la lista de asistentes (art. 121 LC), decidiendo éste sobre la validez de los apoderamientos, acreditaciones, etc. A continuación se abrirá el turno de deliberación, comenzando por la exposición de las propuestas admitidas a trámite. Deberá votarse en primer lugar sobre la propuesta presentada por el concursado, y si resultase rechazada se pasará a exponer y votar las de los acreedores, comenzando -si hay varias- por la que cuente con el apoyo de la mayor proporción de pasivo. La votación se producirá en cada caso por llamamiento nominal, y a los votos de los presentes se sumarán, en cada caso, los de los acreedores adheridos con

anterioridad. En el momento en que una de las propuestas resulte aprobada se levantará la junta sin deliberación sobre las restantes. Si todas se rechazaren sucesivamente, se levantará la sesión, previo cierre del acta, y procederá el juez a la apertura de la fase de liquidación.

Para la aprobación del Convenio será necesaria la mayoría absoluta del pasivo ordinario, es decir el voto a favor de al menos la mitad de los titulares de éste (art. 124 LC). Excepcionalmente, si se establece una espera inferior a tres años o el pago inmediato con una quita inferior a la quinta parte, bastará con la mayoría ordinaria, es decir con que la proporción del pasivo a favor sea superior a la que se pronuncie en contra. Ambas normas son aplicables, en las mismas proporciones, a la aprobación tanto de la propuesta anticipada como de la ordinaria, y en ésta tanto en la tramitación escrita como en la aprobación en junta (art. 124 LC).

El secretario levantará acta de la junta, recogiendo sucintamente el tenor de las intervenciones y deliberaciones y expresando el resultado de cada una de las votaciones que se hayan realizado. Una vez leída el acta se levantará la sesión.

-

1.4. APROBACIÓN JUDICIAL

Una vez aprobado por la Junta de Acreedores, el convenio habrá de someterse a la aprobación por el juez, quien podrá revisarlo de oficio y deberá entender de las oposiciones que presentasen los acreedores disidentes. Estos tendrán plazo de diez días -desde la celebración de la Junta, en su caso, o desde la proclamación por el secretario de la aprobación en trámite escrito o propuesta anticipada- para presentar escrito de oposición al convenio. Podrán oponerse los acreedores que votaron en contra, los que no asistieron a la junta o no se adhirieron al convenio y los privados ilegítimamente del derecho de voto (art. 128.1 LC). La oposición deberá fundamentarse en infracción de las normas relativas al contenido del convenio, o quebrantamiento formal de las atinentes a las adhesiones y la celebración de la junta. Además de las cuestiones formales, la ley incluye expresamente, entre los supuestos de oposición admisible, el caso en que el o los votos decisivos para la aprobación hayan sido emitidos por titular no legítimo del crédito, así como la oposición del 5% del pasivo si considera el convenio de cumplimiento inviable objetivamente. También podrá oponerse el deudor si la propuesta aprobada no fue la presentada por él.

Se sustanciará la oposición por el trámite del incidente concursal, resolviéndose mediante sentencia de aprobación o rechazo, pero sin posibilidad de modificación por el juez de lo aprobado en la junta, aunque sí puede hacer interpretación correcta de lo aprobado o subsanar errores materiales (art. 129.1 LC). Si se estimase la oposición por infracción formal en la constitución o deliberación de la junta, se volverá a convocar ésta para su correcta celebración; si se tratase de tramitación escrita, se repondrá la misma o se convocará junta, a decisión judicial.

En caso de que no se presente ninguna oposición, será el juez quien revise de oficio, rechazándolo si se hubiese incurrido en alguna de las infracciones antedichas y tomando las medidas de reposición de los autos que fueren procedentes, con los mismos supuestos y consecuencias que si se hubiese presentado oposición.

De no apreciarse irregularidad o infracción, se dictará sentencia aprobando definitivamente el convenio, con los requisitos de publicidad, general y registral, establecidos para la declaración

de concurso (vid. arts. 23 y 24 LC).

-

1.5. EFICACIA Y CUMPLIMIENTO DEL CONVENIO

La ley atribuye al convenio eficacia desde el momento en que se dicte la sentencia aprobatoria, salvo modificación o limitación expresa contenida en la propia sentencia. A partir de tal momento cesarán todos los efectos de la declaración de concurso, pasando los administradores concursales al trámite de rendición de cuentas de su actuación al juez, si bien estarán legitimados para la continuidad de los incidentes pendientes de resolución definitiva.

El convenio obliga al deudor y a la totalidad de los acreedores ordinarios y subordinados, anteriores al concurso, a respetar las condiciones establecidas, aun en el caso de que sus créditos no se hubiesen reconocido. En cuanto a los subordinados, se someterán a las mismas quitas y esperas que los ordinarios, pero el cómputo de los plazos se iniciará a partir del íntegro cumplimiento de éstos, en las condiciones acordadas por el convenio. Los privilegiados no se verán afectados, salvo en el supuesto de que hubiesen votado favorablemente, o si con posterioridad se adhiriesen expresamente (art. 134.2 LC).

Aprobado el convenio, se producen efectos plenamente novatorios -en cuanto a los nuevos plazos y cuantías- con el alcance establecido en el acuerdo, sobre los créditos ordinarios y subordinados, así como los privilegiados que hubiesen votado a favor (art. 136 LC). Cuando existan avalistas, fiadores y deudores solidarios con el concursado, sus créditos no se verán afectados por los efectos del convenio (art. 135 LC), no pudiendo alegar el contenido de éste en perjuicio de los acreedores.

El estado de los pagos sucesivos habrá de ser comunicado por el concursado al juez, con periodicidad semestral (art. 138 LC), hasta que se alcance, en su caso, el íntegro cumplimiento de lo acordado. Una vez que el deudor crea alcanzado el cumplimiento, lo comunicará al juzgado, mediante informe complementado con la justificación de los pagos realizados, solicitando la correspondiente declaración judicial. Informe y justificantes se pondrán de manifiesto durante quince días, para las alegaciones oportunas de incumplimiento por los interesados. Cumplido el plazo, el juez dictará el Auto de Cumplimiento del Convenio.

Los acreedores podrán solicitar del juez la declaración del incumplimiento del convenio en el momento en que se consideren afectados por éste, y hasta los dos meses siguientes al Auto de Cumplimiento. De presentarse alguna solicitud en este sentido, se tramitará como incidente concursal, dictando el juez la sentencia correspondiente, que será a su vez apelable.

Si la sentencia declara el incumplimiento del convenio, ordenará simultáneamente la apertura de la Fase de Liquidación, si por el contrario lo declara cumplido deberá aguardarse el plazo de su firmeza y, alcanzada ésta, se dictará Auto de Conclusión del Concurso por Cumplimiento.

2. LA FASE DE LIQUIDACIÓN: APERTURA Y EFECTOS

La fase de liquidación pone punto final al procedimiento concursal cuando resulta imposible la solución querida por la Ley, que es indudablemente el convenio; debe por lo tanto ser

entendida como la «solución última» para obtener la satisfacción de los créditos, evidentemente sólo parcial pues si se alcanza esta fase será por insuficiencia del activo para cubrir el pasivo. Se trata por lo tanto de la aceptación teórica del mal menor como solución ante la imposibilidad de lograr un proceso de pago acordado por las partes y que, aunque no alcance la satisfacción total de los acreedores, quede cerca de ésta.

Resulta evidente que no es la mejor solución posible, pero debemos tener presente que se trata en realidad de un recurso legal extraordinario para resolver lo imposible, partiendo de la situación, contrastada y confirmada por los Administradores del Concurso, de que el Pasivo supera ampliamente al Activo y que además no se ha logrado llegar a una solución concertada mínimamente aceptable por los implicados, y ello a pesar de las múltiples oportunidades que para conseguirlo ofrece la Ley. Hay que contemplarla como la última y forzosa solución, a aplicar con vocación de excepcionalidad, cuando no existe otra posibilidad, por más que en la práctica, y contrariamente a lo pretendido por la ley, sea más habitual de lo deseable el recurrir a esta solución.

La regulación legal está contenida en el Capítulo II del Título V de la Ley, arts. 142 a 162, con las necesarias remisiones a otros preceptos, y organizada en Cuatro secciones, sucesivamente de la Apertura, sus Efectos, las Operaciones de Liquidación y el Pago a los Acreedores.

-

2.1. APERTURA DE LA FASE DE LIQUIDACIÓN

La apertura de la fase de liquidación se regula en la Sección 1ª y comprende los artículos 142 a 144. Distingue la Ley diferentes opciones para la apertura de la Fase de Liquidación, concediendo en primer lugar la iniciativa al deudor que voluntariamente así lo prefiera u obligándole a hacerlo en otros casos; otorga luego la facultad de su solicitud a los acreedores si concurre causa suficiente, y ordena en último lugar su apertura de oficio en casos concretos. Estas diferentes opciones nos permitirán hablar, según concurren unas u otras causas en la apertura de esta fase del procedimiento, de Liquidación Voluntaria, Obligatoria, Necesaria y Forzosa o de oficio.

-

2.1.1. Liquidación Voluntaria

La primera causa de apertura de la fase de liquidación queda en manos del propio deudor, a quien el núm. 1 del art. 142 de la Ley faculta para su solicitud voluntaria en cualquier momento y sea cual sea el estado de tramitación del concurso (modificación introducida por la Ley 38/2011 de 10 de octubre, anteriormente la facultad se le concedía al deudor en cuatro supuestos concretos, hoy subsumidos en la plena voluntariedad). Se trata pues de una facultad plena atribuida por la Ley al deudor, ya que dice el texto legal «el deudor podrá pedir la liquidación en cualquier momento», con lo que inequívocamente estamos ante una mera decisión voluntaria del mismo.

Solicitada la liquidación por el deudor, el Juez quedará obligado a abrir la fase de Liquidación mediante Auto de apertura de ésta dictado en los diez días siguientes a la solicitud (LC 142.1).

-

2.1.2. Liquidación Obligatoria

El deudor, vigente convenio, quedará obligado a solicitar la Liquidación (142.2 LC) en cuanto conozca la imposibilidad de hacer frente a los pagos comprometidos por el mismo o las obligaciones que posteriormente hubiere contraído.

En este caso la obligación es taxativa por imposición legal, y su incumplimiento trae como consecuencia la posibilidad de liquidación necesaria.

-

2.1.3. Liquidación Necesaria

Procederá estudiar, que no declarar (142.2 LC), la apertura de la fase de Liquidación, a petición de los acreedores, cuando, vigente convenio, incurriese el deudor de nuevo en alguno de los hechos que la Ley establece como capaces de fundamentar la solicitud de concurso por parte de los acreedores, con reenvío expreso a los presupuestos objetivos del concurso del art. 2.4º de la Ley. En este caso no se produce, como en los anteriores, la apertura inmediata y automática de la Fase Liquidatoria, sino la reproducción del trámite de la vista previa a la declaración del Concurso (arts. 15 y 19) a solicitud de los acreedores, todo ello con el lógico fin de dar al concursado ocasión de demostrar la ausencia de fundamento de la solicitud. Requiere por lo tanto controversia previa al auto de declaración de apertura de la liquidación, y el Juez resolverá a la luz de lo actuado en el incidente. Cabe sin embargo aclarar que existe una vía indirecta para los acreedores de pedir la liquidación, a través de la solicitud de la Declaración Judicial de incumplimiento del convenio del art. 140, que llevará también, de ser declarada, a la apertura de oficio de la fase liquidatoria como veremos más adelante.

-

2.1.4. Liquidación Forzosa o de Oficio

El art. 143 establece los supuestos en que el Juez debe ordenar la apertura de la fase de Liquidación. Básicamente los cinco supuestos que distingue el número 1 de este artículo son agrupables en tres situaciones diferentes: imposibilidad, invalidez o incumplimiento del convenio.

En los supuestos de imposibilidad de alcanzar convenio -ya sea por inexistencia de propuestas o por rechazo de las presentadas (143.1, 1º y 2º LC)- la consecuencia común es la apertura sin más trámite de la fase de liquidación ordenada por el 143.2 en ambas situaciones. La primera de ellas es la ausencia de propuesta de convenio, ya sea por no haberse presentado ninguna de las posibles en la tramitación, o bien si, habiéndose presentado una o varias, resultaren todas ellas no admitidas a trámite (art. 114.2 LC) por los motivos expresados en la Ley. Sin propuesta de convenio para discutir en la Junta de acreedores no cabe la celebración de ésta, con lo cual si el Juez constata en el cuadragésimo día anterior a la celebración de la Junta convocada (113.2 LC) la ausencia de propuesta de convenio, deberá sin más trámite (143.2 LC) acordar la apertura de la Fase de Liquidación.

En el segundo supuesto simplemente no se alcanza en la Junta de Acreedores la aprobación de ninguna de las Propuestas de Convenio presentadas, con lo que la única solución es nuevamente la apertura de la Liquidación. Así pues, celebrada la Junta y redactada el Acta de la misma en la que conste la no aprobación de propuesta alguna, el Juez habrá de dictar de

inmediato y sin más trámite el Auto de apertura de la Liquidación, sin aguardar a solicitud alguna de interesado.

Igualmente se abrirá la liquidación en los supuestos de invalidez del convenio, tanto si ha sido aprobado por la Junta y luego rechazado por el juez, como declarado nulo con posterioridad a la aprobación judicial. El primer supuesto se dará una vez aprobado el convenio por la Junta de Acreedores, pues cabe todavía la oposición a su aprobación por parte de los acreedores (128 LC) e incluso su rechazo de oficio por el Juez (131 LC), quien podrá dar un nuevo plazo de un mes para subsanar, en su caso, las adhesiones formalmente defectuosas o volverá a convocar la Junta si apreciase infracción en su constitución o celebración. Cumplidos estos trámites, de mantenerse el rechazo judicial por no subsanarse los defectos, y en la misma resolución en que lo exprese, deberá el Juez acordar la apertura de la Liquidación.

El segundo acaecerá si el convenio aprobado por el juez resultase posteriormente declarado nulo por resolución judicial firme, aunque aquí la Ley parece encomendar la apertura de la liquidación a la propia resolución que declare nulo el convenio (143.2, párr. 2º: «... la apertura de la fase de liquidación se acordará en la propia resolución judicial que la motive») debemos entender que ello es imposible pues a la vez se supedita la apertura a la firmeza de la resolución que declare la nulidad, por ello más bien debemos entender que el juez, constatada esta firmeza, deberá declarar la apertura de la liquidación en resolución que así lo exprese.

Con formato: Español (España)

Finalmente declarará el Juez abierta la liquidación en la resolución en que, en su caso, declare incumplido el convenio. Esta resolución procederá a solicitud del acreedor afectado por el presunto incumplimiento, y (140 LC) podrá instarse en cualquier momento entre el del incumplimiento y los dos meses siguientes a la última publicación del auto de cumplimiento de haberse emitido éste. Lo curioso es que la Ley no establece en el art. 140.4 la apertura de la liquidación como efecto directo de la declaración de incumplimiento, pero más adelante, como hemos visto (LC 143.2) ordena al Juez que abra la liquidación «en la propia resolución judicial» en que se declare incumplido el convenio.

La resolución de apertura de la fase de liquidación, en todos los supuestos previstos, deberá publicarse (144 LC) según «la publicidad prevista en los artículos 23 y 24», es decir la misma que inicialmente se prevé para el concurso consistente básicamente en publicación en prensa y BOE, inscripción en Registro Civil, Mercantil u otros y anotaciones preventivas en los Registros de la Propiedad o pertinentes para otros bienes.

-

2.2. EFECTOS

A los efectos de la liquidación dedica la Ley la Sección 2ª del capítulo II del Título V, artículos 145 a 147, si bien este último establece la continuidad, una vez abierta la fase liquidatoria, de los efectos generales del concurso en cuanto no se opongan a las disposiciones especiales de ésta, con expresa remisión al Título III de la Ley, arts. 40 a 74.

Los dos efectos más destacados y generales de la apertura de la fase de liquidación serán la necesidad de calificación del concurso (arts. 163 y 176 LC) y la posibilidad de extender la responsabilidad concursal al patrimonio personal de los administradores y responsables de las decisiones de la persona jurídica, en su caso (art. 172 bis LC). De ambos efectos se tratará en el epígrafe 8.3, ciñéndonos por ahora a los efectos comunes, o procedimentales, de la

Liquidación que se extenderán sobre el concursado y sobre los créditos concursales:

-

2.2.1. Sobre el concursado

Tenemos que diferenciar aquí los efectos según se trate de concursados individuales o sociales, aunque en general cabe decir que la liquidación agrava su situación ya que en todos los casos se sustituyen las situaciones de intervención por las de suspensión de las facultades de administración y disposición patrimoniales.

-

2.2.1.1. Persona física

Tres son los efectos que debemos distinguir:

-

2.2.1.1.1. Suspensión plena de las facultades patrimoniales

Dispuesta por el art. 145.1, en el caso en que éstas no hubiesen quedado previamente suspendidas por la declaración del concurso. Consecuentemente en todas las situaciones en que, en virtud de los art. 40 y ss., se hubiese producido mera intervención del concursado por la administración concursal, se consumará el desapoderamiento general. En el supuesto en que la liquidación se abra por incumplimiento del convenio, se nombrarán nuevos administradores, si bien cabe que sean repuestos en sus funciones los que se nombraron para el procedimiento concursal.

-

2.2.1.1.2. Imposibilidad de continuar en el ejercicio de la actividad

Ya sea empresarial o profesional, dispuesta por el art. 44.3 como consecuencia de la suspensión de las facultades patrimoniales. Hay que tener en cuenta que lo que se produce no es el cese en la actividad, sino que ésta pasa, en lo económico, a estar plenamente bajo control de la administración concursal, que debe tomar las medidas necesarias para asegurar la continuidad del ejercicio de cara a su posible enajenación unitaria.

Llama la atención que la Ley se limite a mencionar la actividad profesional, para incluirla en el desapoderamiento, sin establecer normas para la sustitución del concursado por tercero cualificado legalmente (actividades colegiadas) o si por el contrario la debe ejercer el concursado, pero sometido a embargo de los ingresos que excedan de los inembargables según lo dispuesto en el art. 607 de la LEC, que parece lo más lógico.

-

2.2.1.1.3. Extinción de los alimentos

Establece el art. 145.2 la extinción del derecho a alimentos con cargo a la masa activa que se hubiere concedido al concursado en aplicación del art. 47, con excepción de los imprescindibles para la manutención del concursado y sus dependientes. Se han de entender aquí aplicables igualmente las normas de inembargabilidad dispuestas en la LEC.

-

2.2.1.2. Persona jurídica

Debemos reseñar aquí cuatro efectos principales, contenidos en los arts. 48 y 145.3 de la Ley.

-

2.2.1.2.1. Disolución de la sociedad

Ordenada por el art. 145.3, la resolución que ordene la apertura de la liquidación deberá contener necesariamente la declaración judicial de disolución de la sociedad. En el mismo sentido se pronuncia el art. 361 de la LSC. Hay que concluir por tanto que la disolución es automática y se produce como consecuencia del auto de apertura de la fase liquidatoria, y que aún en el caso de que esta resolución no hiciese referencia a la disolución social, esta se produciría igualmente sin necesidad de acuerdo de la Junta General y sin que proceda el nombramiento de liquidadores de la sociedad, por asumir esta función las instituciones concursales. Incluso -puesto que el art. 144 ordena dar a la apertura de la liquidación la publicidad del art. 24, y el apartado 2 de éste establece la comunicación al Registro Mercantil- cabe decir que, comunicada al Registro la apertura de la liquidación, debe inscribirse directamente la disolución de la sociedad y su sometimiento a la liquidación concursal, aún en el caso de que la comunicación judicial no contenga estas precisiones.

-

2.2.1.2.2. Cese de los administradores y liquidadores

Ordenado por el art. 145.3, es la consecuencia lógica de la disolución de la sociedad en el ámbito del concurso, y equivalente al desapoderamiento del concursado persona física. Lógicamente sus funciones son asumidas por los administradores concursales, con la limitación para éstos de seguir el proceso liquidatorio concursal.

-

2.2.1.2.3. Embargo preventivo

El art. 48 *ter.1*. LC establece la posibilidad de embargo preventivo de bienes de administradores y liquidadores de la sociedad si existiese fundada posibilidad de que el concurso se califique como culpable y la masa activa resultase insuficiente. Como la obligatoriedad de la calificación nace de dos causas y una de ellas es precisamente la apertura de la liquidación, es claro que ésta puede traer como efecto, combinada con la insuficiencia de la masa activa, el embargo preventivo del patrimonio de administradores y liquidadores de hecho y de derecho, si no se hizo con anterioridad.

-

2.2.1.2.4. Inicio de la Acción contra socios subsidiariamente responsables de las deudas sociales

Se trata en este caso más bien de un efecto frente a los socios que frente a la sociedad, si bien la Ley lo recoge entre los efectos del concurso para las personas jurídicas. El art. 48 *bis.1* LC reserva para los administradores del concurso, durante la tramitación de éste, la legitimación

para ejercer la acción de reclamación contra los socios responsables subsidiariamente de las deudas sociales anteriores a la declaración del concurso, si bien la permite ejercer subsidiariamente a los acreedores en el supuesto previsto en el 54.4. Este supuesto prevé que los acreedores pueden requerir a los administradores para que ejerzan las acciones de carácter patrimonial que asistan al concursado, pudiendo los acreedores ejercer estas acciones a su costa pero en beneficio de la masa si no lo hiciesen los administradores concursales ni el concursado en plazo de dos meses desde el requerimiento.

Lo que debemos destacar aquí es que el art. 48 bis no solo reserva la legitimación para el ejercicio de la acción, sino que retrasa la posibilidad de ejercer ésta por cualquiera de los legalmente legitimados, al decir «... durante la tramitación del concurso». Así pues hay que concluir que la apertura de la liquidación produce también el efecto de dar vía libre a los administradores concursales (y en el caso del 54.4 a los acreedores) para reclamar de los socios responsables de las deudas sociales, sin que antes se pueda iniciar la reclamación por ninguno de los interesados. El art. 48 ter.2. LC faculta al juez para ordenar -de oficio o a instancia de los administradores concursales- el embargo preventivo de bienes y derechos de estos socios en cuantía suficiente para asegurar la suficiencia de la masa activa, con el mismo trato que en el apartado 1 se da a los administradores.

Parece, pues, que la secuencia será asegurar la suficiencia de la masa mediante el embargo preventivo, sin que se proceda a cuantificar la responsabilidad de los socios afectados hasta alcanzado el convenio o abierta la liquidación, y procediéndose entonces a ejercer la acción en la cuantía necesaria con cargo a los bienes ya embargados, y, de ser necesario, ampliándose a los bienes aún no trabados.

-

2.2.2. Sobre los créditos

Contiene el art. 146 en primer lugar una remisión general al contenido del capítulo II del Título III, que determina los efectos del concurso sobre los acreedores en general, y donde deberemos buscar las consecuencias que sobre ellos produce el desapoderamiento general o la apertura de la liquidación, además de los dos dispuestos directamente por el art. 146. Así los efectos serán los siguientes:

-

2.2.2.1. Sustitución procesal

Establece el apartado 2 del art. 51 que en caso de suspensión de las facultades de administración, lo que sucede al iniciarse la fase de liquidación, la administración concursal sustituirá procesalmente al concursado en los procedimientos judiciales en trámite, se entiende que con excepción de las acciones de índole personal. Se trata de un efecto más del desapoderamiento general y del control que la administración concursal pasa a ejercer sobre todas las actividades susceptibles de influir en el patrimonio del concursado.

La sustitución procesal se produce para un mejor control, pero no significa que los administradores ostenten íntegramente la representación procesal del concursado, ya que no podrán desistir, allanarse ni transigir más que con autorización del juez del concurso, quien a su vez deberá oír al deudor como a los personados en el concurso que estime conveniente. Es pues más una medida de control que de administración sobre el patrimonio

Con formato: Español (España)

del deudor.

De hecho la Ley emplea indebidamente la expresión sustitución procesal, pues no se trata de una sucesión en la dirección del pleito en nombre del concursado, ya que se concede a éste la posibilidad de mantener su representación y defensa procesales separadamente, con la condición de asegurar que los gastos de éstas no recaigan en la masa y con el límite de no poder desistir, allanarse o transigir. En realidad se priva al concursado de la capacidad de decidir sobre el resultado del pleito antes de dictada la sentencia, pasando esta capacidad al control del juez del concurso.

-

2.2.2.1.1. Ejercicio de acciones del concursado

En virtud del art. 54.1 será la administración concursal, una vez abierta la fase de liquidación, la que ostente la legitimación activa para el ejercicio de las acciones que asistan al concursado y no sean de índole personal. Para las que ostenten este carácter seguirá estando legitimado el concursado, quien tendrá pleno control sobre ellas a no ser que la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio, en cuyo caso precisará la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos, allanarse, desistir o transigir, en definitiva para todas las actividades dispositivas sobre el pleito mismo

El apartado 3 del mismo artículo faculta al concursado para personarse y defenderse separadamente en los juicios promovidos por la administración concursal, pero sin que las consecuencias, gastos o costas, de esta defensa separada puedan recaer sobre la masa. No se le priva pues del derecho a litigar ni se le limita éste, pero sí se le impide perjudicar a la masa con las resultas negativas de los pleitos en que intervenga.

-

2.2.2.1.2. Ejecución de garantías reales

El art. 56.1 ordena la imposibilidad de iniciar ejecuciones de garantías reales desde el momento de la declaración del concurso, y el 56.2 la suspensión de actuaciones en las ejecuciones iniciadas con anterioridad a la declaración. La apertura de la liquidación producirá sobre estas garantías reales el efecto previsto en el art.57.3, consistente en la reanudación de las ejecuciones que resultaron afectadas por la suspensión, pero no en sus procedimientos originales sino como piezas separadas dentro del procedimiento concursal.

En cuanto a las garantías cuya ejecución no se hubiere iniciado al tiempo de la declaración del concurso, la apertura de la liquidación acarreará la pérdida definitiva del derecho de ejecución separada, procediéndose a su ejecución privilegiada dentro del procedimiento general de liquidación. Cabe añadir aquí un efecto contrario, dispuesto en el art. 56.1, y es que la no apertura de la liquidación, transcurrido un año desde la declaración del concurso, liberará a estos acreedores de la prohibición de iniciar las ejecuciones de sus garantías.

-

2.2.2.1.3. Vencimiento y liquidación anticipados

El art. 146 dispone que la apertura de la liquidación producirá el vencimiento anticipado de todos los créditos aplazados, y como consecuencia y en virtud del art. 159 la aplicación a

éstos del descuento correspondiente calculado al tipo de interés legal. Así mismo todos los créditos que consistieren en prestaciones diferentes de la entrega de dinero habrán de ser valorados y convertidos en dinero para su satisfacción ordenada con cargo a la masa.

-

3. LAS OPERACIONES DE LIQUIDACIÓN

Se regulan las operaciones de liquidación en la Sección 3ª, artículos 148 a 153, estableciéndose sucesivamente la redacción del plan de liquidación, las reglas supletorias de éste y por último una serie de normas encaminadas a mantener la honestidad y transparencia de las operaciones liquidatorias, junto con otras disciplinarias para los administradores concursales, quienes como se ha dicho más arriba se convierten ahora en auténticos liquidadores del patrimonio concursal, al modo de los liquidadores sociales pero con obligación de rendir cuentas de sus actos al juez del concurso.

Para el caso de operaciones de liquidación litigiosas, el RDL 11/2014 ha introducido (en el nuevo apartado 6 del art 148 de la LC) la posibilidad de crear una “reserva de liquidación” –que puede alcanzar el 10% de la Masa Activa del concurso- cuya finalidad será cubrir, en su caso, los créditos pendiente de la resolución de los posibles recursos de apelación interpuestos por sus titulares contra los actos de liquidación. Esta reserva permanecerá en cuenta corriente a favor del juzgado hasta su liberación, que se producirá al expirar los plazos de interposición de los recursos, o al resolverse estos definitivamente; la aplicación de la reserva se producirá al pago de estos créditos litigiosos y el sobrante, en su caso, se aplicará al pago de los acreedores que quedaron sin satisfacer el la liquidación, siguiendo el orden de prelación de los pagos en el punto en que hubiese quedado interrumpido.

-

3.1. GARANTÍAS DEL PROCEDIMIENTO

Como garantía de la transparencia y honestidad de las operaciones liquidatorias, la Ley prohíbe a los administradores concursales (art. 151) la adquisición, por sí o por persona interpuesta, y aunque fuera en subasta, de cualquiera de los bienes integrados en la masa activa del concurso. El incumplimiento de la prohibición anterior acarreará la inhabilitación del administrador infractor, con comunicación al Registro de Resoluciones Concursales, el reintegro a la masa -sin contraprestación- del bien indebidamente adquirido y la pérdida del crédito concursal que ostentase el infractor.

Como medida de control de las operaciones, establece el artículo 152 la obligación de los administradores de presentar al juez informes trimestrales sobre el estado de las operaciones, que quedarán de manifiesto en el juzgado, constituyendo el incumplimiento causa de las sanciones previstas en los arts. 36 y 37 de la Ley Concursal.

Por último, y para asegurar la agilidad de las operaciones, el art 153 faculta a cualquier interesado para solicitar la remoción de los administradores transcurrido un año sin culminar la liquidación. En este caso el juez oír a los interesados y, si no existe justa causa para la dilación, acordará su separación y sustitución. En tal caso los afectados perderán el derecho a las remuneraciones devengadas, devolviendo a la masa las percibidas, y el auto separatorio

será inscrito en el Registro de Resoluciones Concursales.

-

3.2. REINTEGRACIÓN Y REDUCCIÓN

Es obvio que las operaciones de liquidación se encaminan a convertir en dinero la totalidad de la masa activa para, posteriormente y con el producto obtenido, pagar ordenadamente a los acreedores. Debemos recordar que, como paso previo a la liquidación, ha debido realizarse la reintegración y reducción de las masas, utilizándose las acciones de contenido patrimonial que asistan al concursado frente a terceros y las de reintegración previstas en beneficio de la masa, tanto sean rescisorias como impugnatorias.

Otro tanto cabe decir sobre las operaciones de reducción, practicadas al amparo de lo dispuesto en el art. 80. En definitiva se tratará de acciones reivindicatorias de tercero que permiten a éste recuperar bienes de su propiedad indebidamente ocupados en la masa.

-

3.3. EL PLAN DE LIQUIDACIÓN

Prevé el art. 148.1 de la Ley la confección por los administradores concursales de un plan de liquidación, en el plazo de 15 días desde la notificación de la apertura de la liquidación, prorrogables por otros quince a solicitud de los administradores y si el juez lo entiende justificado por la complejidad del concurso. El Plan deberá consistir en una programación ordenada de las realizaciones de bienes y derechos encaminadas a su conversión en efectivo para satisfacer las deudas, conteniendo en su caso el ejercicio por los administradores de la facultad concedida en el art. 155.2 de pagar los créditos con privilegio especial con cargo a la masa y sin realizar los bienes afectos en garantía.

Dentro de lo posible, se contemplará la enajenación unitaria del conjunto de establecimientos o unidades productivas que formen parte del patrimonio concursal, con el fin de favorecer la continuidad de la actividad empresarial o profesional afectada, lógicamente ahora en manos de tercero, produciéndose en este caso a efectos laborales la continuidad o sucesión de empresa prevista en el art. 149.2, de manera que se asegure en lo posible el mantenimiento de los puestos de trabajo, pero con declaración expresa de competencia del juez concursal en la resolución de los conflictos que pudieran presentarse, por remisión expresa al art. 64 LC.

Presentado el Plan, se abre plazo de quince días a los efectos de que, tanto el deudor como los acreedores concursales (art. 148.2) e igualmente los representantes de los trabajadores (art. 148.3), puedan formular propuestas de modificación sobre su contenido. De no formularse, el juez dictará auto aprobando el Plan, a cuyo texto se atenderán íntegramente las operaciones liquidatorias de la masa activa. En caso de presentarse propuestas de modificación, la administración concursal, en plazo de diez días, deberá informar al juez sobre las observaciones y modificaciones planteadas. Manda finalmente el apartado 4 del art. 148, como paso previo a la aprobación del Plan, el cumplimiento de los trámites previstos en el art. 64 para el caso de que su aprobación suponga la extinción o suspensión de contratos de laborales o la modificación de las condiciones de trabajo.

Por último el juez, según el interés del concurso, resolverá sobre la inclusión o rechazo de las modificaciones propuestas, mediante auto que apruebe el plan original, con o sin ellas, o mande seguir la liquidación con arreglo a las reglas legales supletorias del plan previstas en la

Lev.

Como caso especial, se recogen en el nuevo art. 146 bis (introducido por el RDL 11/2014) las consecuencias de la transmisión de unidades productivas independientes. Se trata de facilitar la continuidad de la actividad de estas unidades, por lo que, básicamente, se establece la continuidad de los contratos existentes, con subrogación automática en los mismos del adquirente de cada unidad (art. 146bis 1) sin necesidad del consentimiento de la contraparte y la continuidad de las licencias y autorizaciones administrativas de la actividad relativas a cada unidad concreta (art. 146bis 2) en cuanto se produzca continuidad en las instalaciones; todo ello salvo renuncia expresa (art. 146bis 3) del adquirente. Por último se aclara que las unidades productivas así transmitidas no se verán lastradas (art. 146bis 4) por las deudas preexistentes –ya sean concursales o de la masa- al exonerarse al adquirente del pago de las mismas salvo que las asuma expresamente o se trate de persona relacionada con el concursado. Evidentemente la atención de estas deudas se realizará dentro de la liquidación y con el importe obtenido, hasta donde alcance, en la venta de los activos.

-

3.4. REGLAS SUPLETORIAS

Para el caso en que el Plan no resulte aprobado, previene la ley unas pautas de actuación (arts. 149 y 150) con las que básicamente se pretende dar continuidad a la explotación o actividad desarrollada por el concursado, manteniendo en lo posible los puestos de trabajo y las condiciones de empleo, que se preconizan como un bien social a mantener.

Por ello en todos los casos en que las operaciones de liquidación supongan una efectiva extinción o suspensión de contratos laborales, o modificación en las condiciones de empleo, el juez, en virtud del art. 149.1.2ª, deberá llevar a cabo el trámite del art. 64 para garantizar las condiciones laborales de la liquidación.

Cumplido el trámite anterior, en su caso, se procederá a la efectiva enajenación, optando entre las siguientes alternativas:

-

3.4.1. Venta en bloque

La primera regla (art. 149.1.1ª) recomienda la venta en bloque «como un todo» de las unidades productivas, disponiendo el apartado 2 del mismo artículo que en este caso -si se mantiene la identidad de la entidad económica como conjunto organizado de medios- se considerará a efectos laborales la existencia de continuidad en la empresa, y podrá el juez acordar que el adquirente no quede subrogado en la obligación de pago de los salarios o indemnizaciones asumida por el Fondo de Garantía Salarial según el art. 33 del Estatuto de los Trabajadores. También se autoriza expresamente en este caso el pacto de modificación de las condiciones colectivas de trabajo, entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, con el fin de asegurar la viabilidad de la explotación en manos de su nuevo propietario, todo ello con el fin obvio y reconocido de evitar la extinción de puestos de trabajo como consecuencia de la crisis empresarial, estimulándose así la adquisición conjunta de las unidades productivas que permita evitar la destrucción de empleo.

Básicamente (art. 149.1.1ª) se deberá proceder con preferencia a la venta en bloque, salvo que se evidencie, mediante informe de la administración concursal, la mayor conveniencia del fraccionamiento o de una o varias ventas aisladas de elementos patrimoniales concretos. La

venta o ventas en cuestión, como medio teórico de obtención de un mejor precio, se realizará mediante subasta, si bien el juez podrá autorizar ventas directas o por intermediarios del mercado si la subasta quedase desierta o, nuevamente, se evidenciase la mejor conveniencia de ésta en casos particulares concretos y con audiencia de los representantes de los trabajadores. . Ordena aquí la Ley dar preferencia a las que garanticen la continuidad de la empresa y de los puestos de trabajo, así como la mayor satisfacción de los acreedores, y, en todo caso, con audiencia por el juez de los representantes de los trabajadores.

3.4.2. Venta de unidades productivas independientes

En caso de que el juez, previo informe de la administración concursal y oídos los representantes de los trabajadores, lo considere más conveniente para el concurso, ordenará mediante auto la división patrimonial en unidades menores o incluso la venta aislada de todos o parte de sus elementos patrimoniales. En este caso las unidades productivas que puedan mantenerse separadamente funcionales se enajenarán como el conjunto anterior, mientras que el resto de bienes y derechos del concursado se enajenarán como elementos patrimoniales independientes, siguiendo las reglas del procedimiento de apremio de la LEC y según la naturaleza de cada uno de los bienes enajenados.

3.4.3. Venta de bienes afectos a créditos con privilegio especial

Sobre los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se aplicará la regla del 155.4, que ordena la subasta como principio general, pero admite la venta directa, con autorización judicial, al oferente de un precio superior al mínimo pactado y pagado al contado, previa publicación de la oferta, e incluso pudiendo llegarse a la subastilla si fueren varios los oferentes. Sin embargo, cuando los bienes en cuestión estén entre los afectos a una unidad productiva que haya de venderse en bloque, podrán transmitirse con persistencia de la garantía y subrogación en el crédito por el adquirente, sin necesidad de consentimiento del acreedor (art. 149.1.3ªb) y excluyéndose el crédito de la masa pasiva, es decir considerándose ya atendido.

Alternativamente cabe la transmisión liberada de la carga, trasladándose al acreedor o acreedores privilegiados el valor proporcional en la venta del conjunto que se atribuya al bien en concreto sobre el valor total (art. 149.1.3ªb). Cabe aquí que el valor resultante atribuido sea suficiente para cubrir la totalidad del crédito, que así quedaría saldado, o que no lo fuere, y en este caso la cuantía no cubierta se incorporará a la calificación crediticia que le corresponda, ya sin privilegio, para lo que será preciso el consentimiento del acreedor.

3.4.4. Procedimiento de adjudicación

Para instrumentar (art. 149.1.4ª) la venta, sea en bloque o por unidades productivas, se procederá a subasta concediéndose plazo para la presentación de ofertas de compra, que habrán de incluir identificación del oferente, de los bienes, derechos y contratos considerados como parte de la unidad productiva, precio de la oferta e incidencia de la misma sobre los trabajadores, junto con una partida para gastos de conservación y funcionamiento durante el período de adjudicación.

Cabe reseñar que la adjudicación no habrá de hacerse forzosamente al mejor postor, sino que la ley (art. 149.1.5ª) concede al juez la posibilidad de adjudicar el remate a la oferta que, en su opinión, garantice mejor la continuidad de la actividad de la empresa o las unidades productivas y de los contratos de trabajo, siempre que esta oferta se vea superada por otra en

más de un 10% del importe de la primera.

En cuanto a los bienes y derechos litigiosos se autoriza expresamente (art 150) su enajenación en tal concepto, con comunicación de ésta por los administradores al juzgado que entienda del litigio, que producirá el efecto de sucesión procesal automática sin necesidad de personación del adquirente y sin oposición posible de la contraparte, quedando el comprador del bien litigioso a las resultas del litigio existente.

-

3.5. EL PAGO A LOS ACREEDORES

Dedica la Ley la Sección 4ª, arts. 154 a 162, a regular ordenadamente el pago a los acreedores, una vez realizados los activos del concursado; incluye entre ellos los pagos a realizar por créditos con privilegio especial, sin embargo éstos -al realizarse directamente contra lo obtenido en la enajenación de los bienes que los garantizan- sería más propio incluirlos entre las operaciones previas de liquidación que entre las de pago propiamente dicho, ya que de su cancelación se obtiene, en caso de que su valor exceda del crédito garantizado, el remanente que constituye la auténtica liquidez del concurso. En cualquier caso seguiremos en la exposición el orden previsto en la Ley.

-

3.5.1. Créditos contra la Masa

Manda la Ley (art. 154.1) a los administradores detraer de la masa activa en primer lugar los bienes y derechos necesarios para la atención de los créditos contra ella, que aparecen recogidos y clasificados en el art. 84.2. Estos créditos serán abonados a sus respectivos vencimientos, con lo cual son pagos realizados a lo largo del desarrollo del concurso y no específicamente en la fase de pago, con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial. Solo los no abonados con anterioridad quedarán pues para ser atendidos en este momento.

Consecuentemente se abonarán en lo posible a lo largo del concurso y conforme alcancen sus vencimientos. Terminado el líquido disponible, quedarán en espera hasta la liquidación, y de nuevo se atenderán por su orden con cargo a los bienes libres; finalmente los no atendidos por insuficiencia se pagarán con el remanente resultante después de realizarse los pagos de créditos con privilegio especial, ya que el art 156 ordena atender el pago de los créditos con privilegio general una vez deducido lo necesario para atender todos los créditos contra la masa.

-

3.5.2. Créditos con privilegio especial

Enumerados en el art. 90, pueden como los anteriores ser atendidos a lo largo del concurso, sin aguardar a las operaciones de liquidación, y ello en virtud de tres autorizaciones legales expresas.

La primera aparece en el art. 155.2, que autoriza a los administradores a optar por atender el pago de estos créditos con cargo a la masa, sin realizar el bien que los garantiza y quedando éste desafectado de la garantía.

La segunda en el 155.3, al permitir, con autorización judicial, la venta del bien garante transmitiendo con él la carga, en que quedará subrogado el adquirente, excluyendo el crédito de la masa pasiva e incorporando a la activa el producto de la venta, todo ello «incluso antes de la fase de liquidación». Cabe también la venta sin subrogación, si el juez no autoriza la anterior opción, cancelando el crédito con el producto de la misma e incorporando el remanente a la masa activa para atender los restantes créditos.

La tercera se contiene en el apartado 4 del mismo artículo al ordenar la venta de éstos «en cualquier estado del concurso» mediante subasta, salva la autorización anteriormente comentada de venta directa o subastilla.

Con todo ello se evidencia que en realidad la atención de estos créditos se producirá, con más frecuencia, con carácter previo a la fase de pago que dentro de ésta. Es ocioso señalar que el pago de estos créditos es individual y con cargo al bien que garantiza cada crédito, por lo que no existe orden ni prioridad entre ellos, sino atención individualizada. Cabe recordar que dentro de este grupo estarán los créditos con garantía real, cuyos intereses son los únicos que se continuarán devengando, por disposición de los arts. 59.1 y 92.3º, hasta donde alcance la respectiva garantía y sin carácter de crédito subordinado.

Por último reseñar que los créditos de este tipo que no alcancen a ser cubiertos por su correspondiente garantía, se sumarán a los créditos subsistentes según su naturaleza, para su satisfacción conjunta con los del grupo y clase que corresponda (art. 157.2).

-

3.5.3. Créditos con privilegio general

Su pago se efectuará, según ordena el art. 156, inmediatamente después de atendidos íntegramente los dos grupos anteriores. Revisten este carácter los recogidos en el art. 91, y serán atendidos por el orden establecido en el indicado artículo y en su caso a prorrata dentro de cada uno de los grupos si no hubiese remanente suficiente para su total cancelación.

-

3.5.4. Créditos ordinarios

Son los no clasificados expresamente en ninguna de las restantes categorías y se atenderán, con la parte no cubierta de los créditos con privilegio especial, a prorrata entre todos ellos en caso de que no haya remanente suficiente para su íntegro pago.

-

3.5.5. Créditos subordinados

La incorporación a este grupo se produce en virtud del art. 92, realizándose el pago -una vez satisfechos íntegra y previamente los créditos ordinarios- con arreglo al orden de los grupos establecidos en este artículo y a prorrata dentro de cada uno de ellos.

-

3.5.6. Créditos plurales

En el caso de que un mismo crédito esté reconocido en varios concursos, lógicamente no

podrá excederse en el cobro múltiple del total adeudado. Cabe aquí, como control del exceso de pago, la retención por parte de la administración concursal de la cuantía a abonar en cada concurso hasta la presentación de certificaciones de las cantidades correspondientes en los restantes, comunicando además los pagos efectivamente realizados por cada uno.

4. LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO

La Ley Concursal regula la calificación y sus consecuencias en el Título VI, De la calificación del concurso, artículos 163 a 175. Hasta la Ley 38/2011 la calificación se establecía en el art. 163 como consecuencia directa de la liquidación en todo caso, y además en los supuestos en que el convenio establecía una espera superior a tres años o una quita superior al tercio de los créditos. La nueva redacción reduce los supuestos de calificación, ya que si bien ahora el art. 163, ordena taxativamente y como principio general la calificación del concurso como fortuito o culpable en todos los supuestos, luego se hace excepción (art. 167) de los convenios en que se acuerde –para cualquier clase de acreedores- una espera inferior a tres años o una quita inferior al tercio, , a no ser que resulten incumplidos posteriormente, con lo que sólo habrá calificación cuando se produzca liquidación o en los casos de convenio con quita superior al tercio y espera superior a tres años simultáneamente y no habrá calificación si se produce sólo una de ambas circunstancias

Cabe decir, por lo tanto, que la calificación es también una consecuencia directa de la apertura de la fase de liquidación, ya sea directa o por incumplimiento del convenio, si bien también se producirá en los casos de convenio insuficiente.

En cualquier caso, se aclara que la calificación mercantil del concurso no interfiere ni prejuzga la calificación de los hechos como delictivos, competencia exclusiva del orden penal, sin vincularse una a la otra.

Finalmente, el RDL 11/2014, de 5 de septiembre, ha vuelto a retocar la redacción del artículo para aclarar que en el término “clase” de acreedores se incluyen las de acreedores laborales, públicos, financieros y resto de acreedores, todas ellas introducidas en el art. 94.2 de la Ley por el mencionado RDL

4.1. CONCURSO CULPABLE Y FORTUITO

Los dos siguientes artículos se ocupan de los supuestos en que procederá la calificación como culpable, estableciéndose en primer lugar un principio general, que determina la culpabilidad (art. 164.1) y requiere prueba positiva de los hechos, pero estableciendo luego un doble sistema de presunciones, de manera que, si se da el supuesto previsto en la ley, la calificación vendrá seguida de suyo, salvo demostración en contrario de la existencia de motivo o causa de exoneración para las presunciones «iuris tantum» establecidas (art. 165) o sin siquiera posibilidad de ello (art. 164.2) para las «iuris et de iure». El concurso fortuito se define así por exclusión, y lo será aquél en que no se hayan encontrado causas para la calificación como culpable.

El párrafo 1 del artículo 164 establece que el concurso será culpable si en la generación o agravación del estado de insolvencia se apreciase comportamiento doloso o culpa grave del

deudor o, en caso de persona jurídica, de sus representantes, administradores, liquidadores y apoderados generales, tanto de presente como en los que hubieren desempeñado el cargo en los dos años anteriores a la declaración del concurso. Por su parte el artículo 172, regulador del contenido de la sentencia, especifica que ésta se pronunciará solamente sobre la calificación del concurso como culpable o fortuito y las causas en que se fundamente esta decisión.

Por lo tanto no se trata de un proceso o revisión general de la actuación del deudor, o su administrador, sino tan sólo de analizar las circunstancias que han concurrido en la generación de la insolvencia, o en su caso en la agravación de la misma, para determinar si en las circunstancias analizadas -y no en otros acontecimientos o decisiones, por relevantes que fueren para la vida de la sociedad, mientras no generen o agraven la insolvencia- el administrador ha actuado con dolo o culpa grave. Se introduce además un límite temporal para el análisis de tales circunstancias, excluyéndose expresamente de la calificación los hechos acaecidos más de dos años antes de la declaración -no de la solicitud- de concurso.

No cabe pues aquí invocar otra norma ni consecuencia que no sean las atinentes a la causación o agravación del fallido, ni más causa de condena que el dolo o la culpa grave, en los términos de prueba plena y directa o constancia de los actos de los que la ley los deduce. No se trata pues de analizar los supuestos de responsabilidad del administrador dispuestos en la LSC, es decir del incumplimiento de los deberes del cargo, ni de los actos contrarios a la ley o a los estatutos o del incumplimiento del mandato legal de disolución de la sociedad, salvo que éstos hayan causado o agravado la insolvencia, hayan sido dolosos o mediado culpa grave y resulten incluidos en plazo.

La actuación meramente negligente o con culpa leve no merece la calificación del administrador como culpable del concurso, es objeto de un reproche legal diferente y no podrá ser juzgada ni sancionada en el procedimiento concursal por quedar claramente excluida de su ámbito de competencia. Queda para su exigencia la vía de la acción de responsabilidad ordinaria de la LSC, según se dispone expresamente en el art. 48 quáter LC, que atribuye tales acciones en exclusiva a la administración concursal una vez declarado el concurso, pero sólo durante la sustanciación de éste, ya que el art. 60.3 LC dispone la interrupción de la prescripción de estas acciones; luego podrán ser interpuestas por los legitimados habituales una vez concluido el concurso y sea cual fuere su resultado.

En el mismo sentido se deduce del art. 51 bis. 1, al ordenar la suspensión -y no el archivo- de los procedimientos deducidos contra los administradores por incumplimiento de la obligación de disolver la sociedad, así como la inadmisión de causas nuevas por estos motivos (art. 50.2) presentadas desde la declaración del concurso hasta su conclusión, luego cabe su admisión una vez cerrada la tramitación concursal.

-

4.2. APRECIACIÓN DE LA CULPABILIDAD

Retomando el contenido de los artículos 164 y 165, encontramos la formulación de un principio general de calificación del concurso culpable, seguido de dos sistemas de presunciones con diferente tratamiento: las primeras, *iuris et de iure*, no admiten prueba en contrario, mientras las segundas, *iuris tantum*, pueden ser objeto de la actividad probatoria del concursado, en su descargo, para evitar la declaración de culpabilidad.

Hay que aclarar ante todo la trascendencia de estas presunciones. La Ley no presume el hecho que da lugar a la culpabilidad, antes al contrario exige la prueba del hecho en sí. Deberá por tanto probarse que el concursado -en los dos años anteriores al concurso- ha incurrido en uno o en varios de los comportamientos reprobados por la norma. Ahora bien, una vez probado el hecho, lo que la Ley sí presume es la intencionalidad defraudatoria del concursado al incurrir en el supuesto contemplado: se deduce del hecho probado el *animus* del sujeto al cometerlo; sentado el hecho, la ley atribuye a su autor el dolo o la culpa grave sin necesidad de que se demuestre su concurrencia. Lo que se presume pues es el dolo del deudor y su intención de eludir el pago de las deudas y es esta intención defraudatoria lo que la ley sanciona, extendiendo su reprobación hasta la casi equivalente culpa gravísima para evitar que el dolo se enmascare de negligencia para reducir o atenuar la aplicación de la consecuencia legal prevista.

Por ello se da un diferente tratamiento, como veremos, a comportamientos en los que para el legislador no cabe excusa ni pretexto alguno, presunciones *iuris et de iure*, mientras que en otros concede al deudor el beneficio de la duda, presunciones *iuris tantum*, pero le carga con la obligación de probar que en su comportamiento no existía doblez sino casualidad o simple negligencia. En el primer caso no admite explicaciones para el comportamiento, simplemente lo considera injustificable; en el segundo caso pide al concursado que explique, si le cabe, por qué incurrió en el hecho reprobado. Y si la justificación no es adecuada se rechazará su alegación y se tendrá por establecida la intención de defraudar a los acreedores.

4.2.1. Apreciación causal

El principio general (art. 164.1) supone la calificación como culpable del concurso en el que se llegue a apreciar dolo o culpa grave del deudor -o de los administradores de la sociedad en su caso y con la extensión a los *de hecho*- tanto sea en la generación cuanto en la agravación del estado de insolvencia.

No se trata pues de someter a juicio la actuación del administrador en lo referente a la gestión en términos generales, sino de determinar si las causas que han producido el fallido han sido generadas por actos u omisiones del administrador dolosos o gravemente culpables, o incluso si, no debiéndose directamente a éstos, de ellos se ha deducido la agravación de la situación. Esta referencia a la agravación de la insolvencia ha de traducirse directamente como deterioro de la situación patrimonial que haya provocado una mayor diferencia entre activo y pasivo, que no se hubiera producido de no mediar el acto o la omisión del supuesto culpable.

Estamos pues aquí -y en primer lugar- ante una imputación de dolo o culpa grave sujeta en su apreciación a las reglas de la responsabilidad causal, que requiere de la existencia de un acto u omisión -o conjunto de actos u omisiones- doloso o gravemente negligente por parte del administrador de la concursada, seguido de un daño consistente en el aumento o causación del desfase patrimonial, debiendo establecerse relación de causalidad plena entre acto y daño. Con más que no cabe la calificación de culpable si en el proceso se pusieren de manifiesto otras actuaciones imprudentes o incluso dolosas que no hubieren tenido como resultado la generación o agravación de la insolvencia, pues al no tener relación causal con ésta, que es lo que se somete a la consideración del juez, quedan excluidas de las cuestiones a considerar de cara a la calificación.

4.2.2. Apreciación directa

Tras la disposición general ya mencionada establece la Ley (ver art. 164.2) un conjunto de presunciones que no admiten prueba en contrario, de manera que, si se da el supuesto de hecho contemplado en el texto legal, la calificación de culpable se produce como consecuencia inevitable de la infracción, en todo caso, según establece la norma. Se trata pues de supuestos de apreciación directa de la culpa, deducida de la comisión del imputado de cualquiera de los hechos previstos en la ley.

Todas estas presunciones *iuris et de iure* presentan como elemento común que el hecho en que se fundamentan para acarrear la calificación de culpabilidad puede ser calificado sin ambages como indicio suficiente de dolo o grave negligencia, para cerrar el paso a las excusas basadas en la supuesta ignorancia o inintencionalidad de los hechos en que se basa la presunción concreta, evitando así los intentos de aparentar o probar una inocencia de por sí más que sospechosa. Basta una lectura somera de los supuestos que dan lugar a la presunción para determinar que los puntos esenciales de cada una de ellas son consecutivamente:

1. *Contabilidad inexistente, doble o falseada.* Un supuesto de negligencia gravísima y dos de dolo evidente.

2. *Falsedad o inexactitud grave en los documentos presentados durante el procedimiento concursal.* Nuevamente dolo o negligencia, tan grave que linda con éste, cualificados ambos por producirse en el marco del procedimiento judicial, casi equivalente a las diversas modalidades del delito de falso testimonio (ver arts. 458 a 462 del Código Penal).

3. *Incumplimiento, imputable al concursado, de la solución convenida.* Es evidente el dolo cuando menos civil, ya que en el fondo se trata del incumplimiento consciente de una resolución judicial, pues este rango tiene el convenio aprobado por el juez (art. 130 LC).

4. *Alzamiento de bienes o artificio encaminado a impedir la ejecución patrimonial.* Dolo evidente que se confirma por la redacción del apartado, casi idéntica a la del tipo penal correspondiente (art. 257 CP).

5. *Salida fraudulenta de bienes del patrimonio del deudor en el período sospechoso de dos años.* Dolo palmario, que consiste en una versión más elaborada del simple alzamiento, aunque circunscrita al período establecido en la Ley para las acciones de reintegración en la masa (art. 71 LC).

6. *Simulación de situación patrimonial.* El dolo es aquí obvio pues la simulación solo puede ser voluntaria y obedece necesariamente a la intención de engañar a terceros sobre la situación real.

Si tenemos en cuenta la naturaleza descrita de los supuestos de hecho que acarrear la culpabilidad con presunción *iuris et de iure*, es evidente que la consecuencia legal de la presunción -apreciación deducida directamente del hecho proscrito- es de claro carácter sancionador de una conducta destinada de una u otra forma a la evasión del pago de sus deudas por el concursado, ya sea urdida personalmente por éste o por sus representantes legales o apoderados generales, participación que es imprescindible en el caso de las personas jurídicas.

-

4.2.3. Apreciación objetiva

Por último (art. 165) establece la Ley Concursal un tercer sistema de apreciación de la culpabilidad, sujeto a las reglas de la responsabilidad objetiva, ya que se parte de una presunción de culpa deducida de la presencia de un hecho concreto, pero que también permite al presunto culpable justificar su conducta para evitar la sanción. Recordemos que se debe entender la presunción legal *iuris tantum* como encaminada a evitar la prueba la intencionalidad del hecho, y que se considera ésta existente salvo que se pueda justificar la actuación del presunto culpable.

De aquí que los tres primeros supuestos afectados por la presunción *iuris tantum* tengan en común que, de ser intencionados, constituirían dolo sin duda alguna, pero que de no serlo no deben acarrear la consecuencia grave que la Ley les atribuye: la culpabilidad del concurso. Veamos cuales son los hechos que dan lugar a la presunción:

1. *Incumplimiento del deber de solicitar el concurso.* Es evidente que siendo un deber legalmente establecido (art. 5 LC), su incumplimiento intencionado ha de tener forzosamente una sanción, y la sanción atribuida es dar el carácter de culpabilidad al concurso, no existe otra en la ley. Sin embargo cabe el incumplimiento meramente negligente o afectado de culpa leve, que acarreando consecuencias igualmente las deberá conllevar más leves, o incluso cabe un incumplimiento justificado, que será necesariamente menos grave o incluso impedirá la consecuencia sancionadora.

Resulta evidente que es distinto infringir el plazo por desidia o mala intención que hacerlo por haber tomado la precaución previa de solicitar a la junta de socios pronunciamiento previo sobre la presentación del concurso o la ampliación de capital, y siendo el plazo de convocatoria para la junta de un mes se reduce sustancialmente el tiempo de reacción del administrador enfrentado a la situación, con lo que es comprensible y hasta diligente el retraso leve en la presentación de la solicitud voluntaria de concurso.

2. *Incumplimiento del deber de colaboración con los órganos concursales.* Más difícil de justificar que el anterior, pero en el que siempre cabe la posibilidad de cumplimiento imposible por desconocimiento, aunque éste en sí constituya negligencia, enfermedad, ausencia justificada, etc.

3. *Ausencia de formulación, auditoría o depósito de las cuentas anuales.* Es claro que si son intencionadas estas ausencias constituyen un grave incumplimiento, pero también cabe por ejemplo que el depósito no se realice por ser imposible. Así el caso de una hoja de registro cerrada por causas imputables a un administrador anterior: el registro aquí estaría obligado a inscribir al nuevo administrador, pero negaría el depósito de cuentas y cualquier otra inscripción (art. 378.1 RRM), salvo las relativas a revocación de poderes, disolución de la sociedad y nombramiento de liquidadores o inscripciones que hayan de practicarse por orden judicial o administrativa. En situación similar se encontraría el administrador que al asumir el cargo comprueba la ausencia de auditorías obligatorias en años anteriores, que hacen imposible el depósito y requieren de un plazo extenso para su subsanación. En ambos casos el administrador de presente estaría pagando las consecuencias de la negligencia del o los anteriores. Cabe pues su incumplimiento involuntario y susceptible de inequívoca prueba en juicio.

En estos tres supuestos legales es posible alguna justificación de los hechos, por débil que llegue a ser. De ahí que la ley establezca un sistema de determinación objetiva de la responsabilidad: si se ha incurrido en cualquiera de ellos el concursado es en principio culpable, pero le cabe proponer las justificaciones que le puedan asistir y el juez decidirá si

son adecuadas y en qué grado, determinando o no la culpabilidad y adecuando la sanción consecuente con la culpabilidad al grado de la misma que determine.

Ninguna de las tres situaciones es por sí misma -sí lo eran claramente las que dan lugar a las presunciones *iuris et de iure*- susceptible de provocar un daño a los acreedores o la causación o el agravamiento de la insolvencia. Como carece de sentido que la ley establezca una responsabilidad de naturaleza resarcitoria que sería inaplicable en sí misma por la ausencia de daño a indemnizar, forzoso resulta concluir que la naturaleza de la norma del 172 es sancionadora, aunque para establecer el supuesto de hecho que acarrea la sanción se puedan recorrer tres vías alternativas, la una causal, por apreciación directa del hecho la segunda y objetiva la tercera.

Podemos pues establecer que a la calificación de culpabilidad del concursado, o de sus colaboradores, se llega por tres itinerarios, pero que los tres, de concretarse, desembocan en una misma consecuencia y ésta es la contenida en los artículos 172 y 172 bis: se soportará la sanción consistente en la inhabilitación, la pérdida de derechos legítimos y, en su caso, la obligación de cubrir en todo o en parte el desequilibrio patrimonial.

A los tres supuestos analizados, recogidos por el texto inicial de la ley se actualmente añade un cuarto -que nada tiene que ver con ellos en intención ni naturaleza- introducido a través del art. 10 del RDL 4/2014 de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. Se trata de los supuestos en que el deudor o sus representantes legales o administradores sociales se nieguen a la capitalización de los créditos como vía para lograr un convenio que asegure la continuidad de la actividad. Estamos por lo tanto ante una excepcional medida de “estímulo” de la solución negociada, que no participa de la naturaleza jurídica de las anteriores causas de culpabilidad, y que solo es comprensible dentro de una desesperada política de conservación del empleo, desencadenada como consecuencia de la crisis económica.

El objetivo de la norma introducida es indudablemente el mantenimiento de la empresa -y por ende de la actividad económica y los puestos de trabajo- aunque no necesariamente del empresario. Se trata de frenar la destrucción de empresas viables económicamente como consecuencia de insolvencias coyunturales, facilitando la entrada de los acreedores en el capital social, ya sea reduciéndolo previamente con cargo a pérdidas si estas existieran -es decir minorando la participación de los propietarios originales o incluso excluyéndoles-, o simplemente ampliando el capital y diluyendo la proporción de propiedad de los empresarios originales en favor de los acreedores que pasan a participar del capital social.

Es indudable que con la medida se facilitará la supervivencia de empresas viables, pero también que se trata de una herramienta para forzar los cambios en la estructura de capital de las sociedades, utilizable de forma espuria. Reseñemos que al menos se mantienen las apariencias al otorgar a los antiguos propietarios un derecho de adquisición preferente de las participaciones en el capital asumidas por los acreedores en el caso de que éstos a su vez optasen por venderlas más adelante, sin establecerse plazo de duración de este derecho preferente

4.3. CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA DE CULPABILIDAD

Las consecuencias de la declaración de culpabilidad en el concurso vienen establecidas en los artículos 172 y 172 bis LC. El primero de ellos, al regular el contenido de la sentencia, recoge los pronunciamientos que forzosamente habrán de ser precisados en ella. Así, exige en su apartado 1 la expresión de los fundamentos y razones que han llevado al juez a su pronunciamiento de culpabilidad; en el apartado 2 relaciona los pronunciamientos generales a determinar en todo caso y en el apartado 3 recoge como última decisión la posibilidad de condenar a los cómplices no acreedores a la indemnización de los daños causados, quedando el 4 para legitimar como apelantes de la resolución a quienes hayan sido parte en la sección de calificación.

Por su parte el art. 172 bis establece la extensión de la responsabilidad patrimonial en los concursos culpables, en los supuestos de apertura de la fase de liquidación. La sentencia contendrá así dos diferentes pronunciamientos, atendiendo a la mayor gravedad que la ley presupone para los supuestos en que el concurso deba resolverse por liquidación frente a los supuestamente menos graves -según el espíritu de la ley, aunque no necesariamente sea así- en los que finalmente se haya alcanzado convenio.

-

4.3.1. Contenido de la sentencia

En el orden establecido por la ley, son tratadas en primer lugar las consecuencias que se aplican en común a los concursos calificados como culpables y resueltos tanto mediante convenio como por liquidación. Así el apartado 2 del artículo 172 enumera en tres subapartados las consecuencias que la declaración de culpabilidad deparará a las *personas afectadas* por la misma, según la propia terminología legal, y a los cómplices.

Se dedica el primero de ellos a la determinación de estas *personas afectadas*, eufemismo utilizado para resumir en él la posible variedad de sujetos declarados culpables: el concursado y, si fuese persona jurídica, sus administradores y liquidadores de hecho y de derecho, los apoderados generales y asimismo quienes hubieran ostentado tales cargos en los dos años anteriores a la declaración del concurso, todos ellos como causantes directos del concurso culpable. Se reitera aquí la enumeración ya contenida en el art. 164.1 LC.

Debe la sentencia en este punto no sólo enumerar e identificar a cada uno de los declarados culpables, sino además especificar, según el apartado primero del artículo, y fundamentar las causas de tal declaración y el concepto en que se le imputa la responsabilidad. Indudablemente no presenta problema la imputación en caso de ser administradores o liquidadores de derecho, pues constará su cargo inscrito. En estos casos bastará con la identificación y la constatación de la inscripción, junto con la especificación -conforme a lo dispuesto en los artículos 164 y 165- del hecho concreto o la presunción legal de culpabilidad, y el análisis en su caso de las causas de exoneración que pudieren concurrir y probarse.

Mayores dificultades plantea la imputación de culpabilidad a los que ejercen de hecho los cargos, pues a lo anterior deberá añadirse la fundamentación de las causas por las que se les atribuye el ejercicio irregular del cargo *la sentencia deberá motivar la atribución de tal condición*. En cuanto a los cómplices se atribuirá tal condición (art. 166 LC) a los cooperadores *con dolo o culpa grave* del autor del acto u omisión que haya motivado la calificación de culpable.

-

4.3.2. Consecuencias personales: inhabilitación

Con formato: Español (España)

Determinadas las personas afectadas y razonada su implicación en los hechos que provocan la calificación del concurso como culpable, se establecen (art. 172.2.2º LC) las consecuencias de carácter personal, consistentes en la inhabilitación de los afectados para administrar bienes ajenos o representar o administrar a cualquier persona, que se extenderá durante un período de entre dos y quince años, a determinar por el juez fundamentando su decisión sobre la extensión del plazo en un doble criterio, ya que habrá de tener en cuenta tanto la gravedad de los hechos considerada objetivamente como el importe de los perjuicios causados. A estas consideraciones del texto inicial de la LC, la Ley 38/2011 ha añadido la reincidencia en la culpabilidad, si los afectados ya hubiesen sido declarados culpables en anteriores procesos concursales, matizándose que en casos de reiteración de culpabilidad la inhabilitación total se extenderá a la suma de las parciales, pudiendo así excederse así de los quince años.

Se trata aquí indudablemente de la imposición de una pena o sanción civil, por la que se aparta al deudor doloso o gravemente imprudente de la posibilidad de administrar o representar a terceros.

-

4.3.3. Consecuencias patrimoniales

Con formato: Español (España)

Siguen las consecuencias patrimoniales en el núm. 3 del apartado 2 del artículo 172, y encontramos tres consecuencias de dos tipos diferentes. En primer lugar se dispone la pérdida de los derechos que los afectados y, en su caso, los cómplices tuviesen como acreedores concursales o de la masa; es decir que se les sanciona también económicamente, con la pérdida de los derechos que ostentasen legítimamente sobre el patrimonio concursal, tanto por tratarse de créditos legítimos contraídos directamente como, por ejemplo, otros indirectos procedentes del pago de obligaciones en que el administrador haya resultado deudor solidario con la sociedad y haya satisfecho el crédito, inscribiéndose luego en la masa. Los derechos ilegítimos o simulados serían fundamento de la declaración de culpabilidad y en consecuencia habrán sido, se supone, desenmascarados y anulados con anterioridad. Estamos ante otra sanción, ya que no se puede reconocer valor resarcitorio, sino necesariamente sancionador, a la privación de derechos que siendo legítimos se pierden como consecuencia del dolo o culpa grave en que se ha incurrido en otro acto.

La segunda consecuencia económica viene derivada de la anterior, de la que es complemento necesario, casi podríamos decir que tiene el valor de ejecución de la pérdida de los derechos, ya que consiste en la obligación, o condena, de devolver a la masa los bienes o derechos obtenidos indebidamente. El término utilizado parece asumir un doble valor, alcanzando tanto a los bienes y derechos que se percibieron legítimamente, pero resultan indebidamente entregados tras la condena a perderlos, como también a los que les debieran ser devueltos, si los hay, como consecuencia de la nulidad del negocio simulado.

Estamos también aquí ante una norma sancionadora, pues no hay resarcimiento del deudor en la privación de derechos al culpable. Puede ser resarcitoria la intención, si la ley pretende que con ellos se complete el activo a repartir entre los acreedores, pero es sancionador el concepto de pérdida de derechos que eran legítimos, lo que descarta definitivamente el carácter meramente resarcitorio de la norma.

La tercera consecuencia económica se expresa en la coletilla final así como a indemnizar los

daños y perjuicios causados. Es la única expresión en todo el artículo 172 a la que puede darse un valor meramente resarcitorio, y de hecho es la base de las interpretaciones que pretenden dar a la responsabilidad concursal el carácter de resarcitoria y negarle el de sancionadora. De cualquier modo no debe bastar esta expresión final para calificar de mera y esencialmente resarcitoria la totalidad de la norma, pues si sólo fuese ésta su intención se habría establecido la indemnización de los daños como límite máximo de la pena impuesta de pérdida de los derechos, cosa que no hace la ley.

-

4.3.4. Extensión de la responsabilidad patrimonial en el Concurso

Finalmente, dispone el art. 172 bis la extensión de la responsabilidad patrimonial del concurso, de persona jurídica, a los patrimonios personales de los declarados culpables, si bien tal extensión se restringe a los supuestos de liquidación y quedan excluidos los casos de convenio. La exclusión es lógica, ya que por producir el convenio un efecto remisivo de los créditos, en la parte que hayan aceptado reducir los acreedores, resulta imposible la condena a cubrir derechos económicos a los que sus propios titulares han renunciado, al aceptar y aprobar el convenio.

Esta posibilidad de extender la responsabilidad patrimonial queda pues sólo reservada para los casos de liquidación, añadiendo a las consecuencias antes expuestas la posibilidad de una condena para los culpables consistente en la cobertura total o parcial del déficit patrimonial. Queda a la decisión judicial el alcance de la sanción, ya que la LC dice *el juez podrá condenar*, es de suponer que en atención al doble criterio de la gravedad de los hechos y el montante total del descubierto.

Debe además precisarse el alcance individual de la condena, concretando las cuantías independientes, en los casos en que resulten varios los condenados, atendiéndose a la participación de cada uno de los implicados en los hechos en que se fundamente la culpabilidad.

4.3.5. La responsabilidad concursal de los socios capitalistas en el RDL 4/2014

Más arriba nos hemos referido ya al nuevo supuesto de culpabilidad en el concurso introducido por el mencionado RDL 4/2014 en el artículo 165 de la LC. Sin embargo no es ésta la única novedad aportada por la norma en materia concursal.

En primer lugar, al art 172.2.1º se le añade un inciso del siguiente tenor “así como los socios que se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el número 4.º del artículo 165, en función de su grado de contribución a la formación de la mayoría necesaria para el rechazo el acuerdo”. Esta inclusión de los socios capitalistas entre los responsables del concurso trae, lógicamente, como consecuencia el que se les pueda extender la inhabilitación temporal para administrar bienes ajenos, prevista para los responsables del concurso culpable en el art 172.2.2º.

Idéntico inciso se añade al nº 1 del art. 172 bis, con lo que los socios afectados por la calificación de culpables quedan además afectados por la obligación de cubrir total o parcialmente la diferencia entre el activo y el pasivo en los caso de liquidación y en la medida

en que el juez concursal lo estime oportuno.

Como consecuencia de todo ello, se introduce en la Ley la posibilidad de que los accionistas de una anónima o los socios de una limitada sean considerados causantes o al menos responsables del concurso culpable, aunque no intervengan en la gestión; es decir que podrán ser declarados responsables de actos y deudas ajenas –realizados y contraídas por los administradores en nombre de la sociedad- y obligados a cubrir la deudas ocasionadas. Evidentemente con todo ello se rompe el principio de la ausencia de responsabilidad de los socios capitalistas por las deudas sociales, consagrada en el art. 1 de la Ley de Sociedades de Capital.

5. CONCLUSIÓN Y REAPERTURA DEL CONCURSO

El Concurso de Acreedores finaliza mediante Auto de Conclusión emitido por el juez actuante, una vez concluidas las diversas fases de su tramitación. No obstante hay situaciones excepcionales, en las que el procedimiento se cierra sin desarrollarse por completo, así como circunstancias que producen su reapertura.

-

5.1. CONCLUSIÓN DEL CONCURSO

La conclusión natural del Concurso de Acreedores se alcanza cuando el procedimiento ha cumplido su finalidad solutoria hasta donde resulte posible, ya sea mediante convenio o liquidación. Sin embargo, junto a estas soluciones, la LC prevé otros casos en los que, por diferentes motivos, el procedimiento no llega a completarse, ya sea por innecesario, al producirse el pago, o por devenir imposible su objeto, supuesto en que la masa activa no alcanza siquiera a cubrir las deudas de la masa, es decir que se produce la «insolvencia del concurso».

La enumeración de las causas viene recogida en el art. 176.1 LC, si bien podemos reorganizar las recogidas en el texto legal, agrupándolas por su naturaleza. Así el concurso terminará por causas ordinarias (Convenio o Liquidación) por improcedencia (Revocación, Pago y Desistimiento) o finalmente por Insolvencia del procedimiento.

En cuanto a las causas ordinarias, nada cabe añadir, pues han sido ya plenamente analizadas, salvo la necesidad del Auto Judicial que declare el cumplimiento del convenio o la finalización de la fase de liquidación por agotamiento de la masa activa, aún sin atender la totalidad de los créditos por insuficiencia de ésta. Hay que añadir a estos supuestos el de firmeza de la sentencia que rechace la declaración de incumplimiento del convenio, ya sea por caducidad del recurso contra la misma o por resultar éste rechazado por la Audiencia (art. 176.1.2º LC).

-

5.1.1. Conclusión por improcedencia del Concurso

La revocación (art. 176.1.1º LC) se produce en el supuesto en que, declarado el Concurso por el Juzgado de lo Mercantil, sea apelada la declaración y revocada por la Audiencia Provincial.

Aunque incluida entre las causas de conclusión por la Ley, se trata más propiamente de un supuesto de inadmisión, ya que la consecuencia será la inexistencia formal del procedimiento por su incorrecta apertura, con obligación además de que en la sentencia de la apelación habrá de pronunciarse necesariamente sobre las consecuencias de los efectos que el concurso haya producido transitoriamente; igualmente cabe el pronunciamiento sobre la responsabilidad del o los acreedores instantes del procedimiento.

Procederá el archivo del procedimiento cuando, en cualquier estado del mismo, se llegase a constatar el Pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos (art. 176.1.4°), o si se llegase a producir la satisfacción de todos los créditos por cualquier otro medio extrajudicial o a comprobar que ha finalizado la situación de insolvencia.

Lo mismo sucederá con el desistimiento o renuncia por parte de los acreedores, si bien la resolución que lo acepte no podrá dictarse hasta que haya finalizado la fase común, es decir pueda comprobarse la renuncia de la totalidad de los acreedores inscritos (art. 176.1.5°). En ambos casos será preciso Auto Judicial que ordene el archivo de las actuaciones (art. 176.2), previo informe de la Administración concursal, tramitándose como incidente concursal la oposición previa, si se produjese dentro del plazo de quince días establecido al efecto.

5.1.2. Conclusión por insolvencia del Concurso

Radicalmente distinto a los anteriores es el supuesto de insolvencia del concurso, recogido en el art. 176.1.3° como causa de conclusión, pero cuyas consecuencias no se regularon en la LC de 2003 y han sido introducida por la Ley 38/2011 en el nuevo art. 176 bis. Se produce aquí la situación en que la masa activa es tan limitada que no alcanza siquiera a cubrir las deudas de la masa, con lo que resultaría imposible atender los créditos concursales, estamos en la práctica ante un concurso insolvente, ya que no puede atender siquiera los costes del procedimiento en sí mismo.

La Ley opta por establecer para estos supuestos un orden de pago concreto, ya que es imposible atender las deudas de la masa «a su vencimiento» como ordena el art. 84.3 LC. El orden de pagos aplicable a la situación de insolvencia del concurso se establece en el art. 176 bis.2: se comenzará con el abono de los créditos salariales, tanto de los reconocidos como deudas contra la masa -es decir el privilegio establecido por el Estatuto de los Trabajadores para los salarios de los últimos treinta días, sin superar el doble del salario mínimo- como los reconocidos con privilegio general, es decir limitados al triple del salario mínimo en los salarios propiamente dichos, y calculadas con esta base si se trata de indemnizaciones. A continuación se atenderán los créditos por alimentos mínimos del art. 145.2, sin superar el salario mínimo, y atendidos éstos lo serán las costas y gastos propios del procedimiento concursal y finalmente los restantes créditos contra la masa, hasta donde ésta alcance.

Por tratarse de una solución excepcional ante la situación de insuficiencia patrimonial extrema, debe además acreditarse que no cabe la extensión del concurso a los patrimonios de terceros, es decir que el concurso no será declarado culpable; para ello se exige un informe especial de los administradores concursales que excluya totalmente tanto la posibilidad de declarar culpable el concurso como la existencia de acciones de reintegración utilizables (art. 176 bis.3 LC). Constante el informe, se dictará el Auto de conclusión del concurso, tras su exposición a las partes durante quince días y la tramitación del incidente concursal correspondiente si se formulase oposición previa.

En aras de la economía procesal, la ley establece también la posibilidad de dictar la Conclusión del concurso simultáneamente con su Apertura y en el mismo Auto (art. 176 bis.4) en caso de que el juez estime ya en ese momento tanto la insuficiencia de la masa para cubrir los créditos derivados del procedimiento como la inexistencia de posibilidad de reintegración de bienes a la masa y de extender la responsabilidad patrimonial a terceros.

-

5.1.3. Efectos de la Conclusión del Concurso

La Conclusión del Concurso tiene como lógica consecuencia el levantamiento de todas las medidas personales limitadoras impuestas al concursado o sus administradores y representantes, con la lógica excepción de las impuestas como sanción en el caso de culpabilidad.

En cuanto a los efectos patrimoniales, deben distinguirse tres posibilidades diferentes entre los efectos de la conclusión. En el caso de conclusión por convenio, se produce efecto remisorio pleno de las quitas realizadas, con lo que cumplido el acuerdo no quedará pendiente deuda alguna del concursado.

Sin embargo en los supuestos de liquidación -si no se alcanza a cubrir la totalidad de los créditos- o de insuficiencia de masa activa, el concursado persona física quedará responsable del déficit patrimonial y los acreedores no satisfechos en libertad de iniciar con posterioridad las medidas de ejecución singular que les asistan. Si con posterioridad se declarase nuevo concurso de acreedores sobre el concursado, los créditos reconocidos y no satisfechos en el primer concurso tendrán, de cara a su inclusión en el segundo, el carácter de reconocidos por sentencia firme (art. 178.2 LC).

Si en los mismos supuestos se trata de persona jurídica, la conclusión del concurso acarrea la extinción de la personalidad, debiendo comunicarse por mandamiento judicial a los registros correspondientes para la cancelación de las hojas registrales correspondientes.

-

5.2. REAPERTURA DEL CONCURSO

Concluido y archivado el procedimiento, es aún posible su reapertura, en diferentes situaciones, según sea el concursado persona física o jurídica.

-

4.2.1. Persona física

Dispone la ley que si una persona física fuese declarada en concurso por segunda vez, dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del primero que le hubiese sido abierto, si éste hubiese concluido por liquidación o insuficiencia de masa, se entenderán ambos concursos como uno sólo, considerándose el segundo reapertura del primero. Sin embargo no se actuará, como parece lógico, reabriéndose el inicial y con competencia del juzgado que tramitó el primer concurso, sino que el juez del segundo traerá e incorporará a estos autos todo lo actuado con anterioridad (art. 179.1 LC).

Consecuentemente todas las deudas que hubiesen quedado sin atender en el primer procedimiento se mantendrán vivas en el segundo -si no hubiesen sido satisfechas en el

Con formato: Español (España)

intervalo- con valor de reconocidas en sentencia firme según dispone el art. 178.2 LC.

Parece existir en la norma una evidente contradicción al ser reapertura pero tramitarse en juzgado distinto, cuando parece que sería más coherente la continuidad en el primer juzgado interviniente; sin embargo cabe considerar que la posibilidad de cambio de domicilio del deudor en el indicado lapso de tiempo -que acarrearía el cambio de competencia territorial- hace más aconsejable la tramitación en el juzgado correspondiente al segundo domicilio. En cualquier caso, parece innecesaria la calificación de reapertura, dado que el reconocimiento de las deudas pendientes del primer concurso ya está previsto en el art. 178.2 LC.

5.2.2. Persona jurídica

Con formato: Español (España)

Sí estamos ante una auténtica reapertura en el caso de persona jurídica, con competencia del mismo juzgado actuante. Se prevé aquí cuando el concurso se haya declarado concluido tras la liquidación o en el caso de insuficiencia de masa pasiva, y resulta coherente ya que al haberse inscrito en ambos casos la extinción de la sociedad, sería imposible la apertura de un nuevo concurso. En este supuesto sí estamos ante una auténtica reapertura del procedimiento concluido.

Procederá la reapertura en dos supuestos diferentes. El primero de ellos en caso de haberse tramitado liquidación ordinaria, si con posterioridad a la conclusión aparecieran bienes y derechos ignorados durante la tramitación original (art. 179.2). El segundo supuesto, en caso de insuficiencia de masa, procederá a petición de los acreedores dentro del año siguiente al auto de conclusión; la petición deberá relacionar los bienes y derechos que se hubiesen omitido en la tramitación inicial, las acciones de reintegración que no se hubiesen actuado y resultaren procedentes y, en su caso, las razones para declarar la culpabilidad del concurso, si no se hubiese procedido a la calificación, en las que se pueda fundamentar la extensión de la responsabilidad patrimonial a los supuestos culpables (art. 179.3 LC).

Reanudado el procedimiento, se procederá a la reapertura de la hoja registral (art. 179.2 LC) revitalizando la sociedad cuando menos durante la tramitación, que se limitará en exclusiva a la continuidad de la fase de liquidación, abonándose los créditos aún pendientes por su orden y hasta el agotamiento de la nueva masa incorporada a los autos. Para proceder a esta liquidación complementaria, los administradores dispondrán de un plazo de dos meses para la actualización de las masas activa y pasiva, eliminando los créditos ya atendidos, incorporando los nuevos bienes y revisando en su caso las valoraciones (art. 180 LC).

Sin duda en todos los supuestos de reapertura cabrá cuando menos la sospecha sobre el desempeño diligente de las funciones de los administradores concursales, por omitirse en la tramitación original la inclusión de bienes, derechos, acciones de reintegración o fundamentos para establecer la culpabilidad del concurso y la extensión de responsabilidad. Por ello dispone la ley en estos casos una rendición de cuentas especial por parte de los administradores (art. 181 LC), en la que justificarán los actos realizados durante el procedimiento e informarán de las nuevas actuaciones.

Esta rendición de cuentas deberá ser sometida a aprobación por el juez, previa audiencia para oposición tanto del deudor como de los acreedores. De no existir oposición las cuentas se declararán aprobadas en el nuevo auto de conclusión; si la hubiese se tramitará como incidente concursal, pronunciándose el juez definitivamente.

La desaprobación de las cuentas será indicio, pero no constatación, de administración negligente, por lo que tendrá consecuencias personales, pero no patrimoniales, para los administradores concursales, quienes podrán ser inhabilitados por el juez para nuevo nombramiento por un período mínimo de seis meses, y sin exceder de los dos años. Para la declaración de responsabilidad patrimonial de los administradores deberá en todo caso presentarse la pertinente acción de responsabilidad.

-

CASO PRÁCTICO

El Juzgado de lo Mercantil núm. 1, mediante Auto de Declaración en Concurso de fecha 31 de mayo de 2012, le ha nombrado a Vd. Administrador Concursal/Letrado (se supone su acreditación suficiente) en el procedimiento instado por «La Saca, SA» contra su deudor «Inoperantes SL», cuyo Administrador y socio Único es D. Perfecto Consentido Ignaro.

En el patrimonio de la concursada figuran los siguientes derechos y obligaciones:

1º Local comercial, sede de la sociedad, adquirido 10 años antes, íntegramente pagado y afectado por una hipoteca constituida en fecha 30 de Junio de 2006 en favor de «Banca Ríos, SA», como garantía de un préstamo por importe de 250.000 euros perfeccionado en fecha 30 de marzo de 2000 y vencido e impagado en 30 de marzo de 2011, con un tipo de interés convencional del 6% anual, penal de 12%, y del que no se ha devuelto cantidad alguna en concepto de principal ni de intereses.

2º Sobre el mismo local pesa una segunda hipoteca, a favor de la entidad «Crediabus», constituida en garantía de un segundo crédito de 150.000 euros perfeccionado el día 30 de junio de 2009 por plazo de dos años y con los mismos tipos de interés que el anterior.

3º Se adeuda a los trabajadores el importe completo de las cuatro últimas nóminas previas al concurso, por un importe de 15.000 euros cada mensualidad, como Vd. puede comprobar en los documentos laborales ningún trabajador tiene un salario superior a dos veces el mínimo interprofesional.

4º Al acreedor «La Saca, SA» se le adeudan 40.000 euros en concepto de mercancías suministradas y no abonadas.

5º A don Inocencio Feliz, cuñado de D. Perfecto Consentido, se le adeudan 50.000 euros en concepto de préstamo, según consta en documento privado de fecha 5 de febrero de 2006.

6º Se adeudan a la Seguridad Social las cotizaciones de los últimos cuatro meses, a razón de 4.500 euros por mes de cuota patronal y 900 euros mensuales de cuotas obreras.

7º Se adeuda a la Hacienda Pública, en concepto de retenciones por IRPF no ingresadas de los últimos seis meses, un total de 15.000 euros, habiendo recaído sanción por falta de pago por importe total de otros 35.000 euros.

8º Se adeuda igualmente a la Hacienda Pública el importe de 10.000 euros en concepto de cuota tributaria por el Impuesto de Sociedades de varios ejercicios anteriores a 2009, sobre cuyo importe ha recaído además sanción no recurrida por importe de 30.000 euros.

9º En concepto de deudas por operaciones comerciales se adeuda a diversos acreedores un total de 400.000 euros.

10º A D. Martín Galas se le vendió un local de la sociedad en enero de 2009, por importe de 330.000 euros íntegramente cobrados en efectivo, cuya valoración actual sería de 397.000 euros.

11º A Dª Martirio Bar Baró se le adeudan 18.000 euros en concepto de indemnización por las lesiones que se le causaron en un accidente provocado por el empleado D. Saturnino

12º En existencias figuran 350.000 euros, correspondientes a mercancías adquiridas a D. Basilio Trapa Cero en Diciembre de 2010, íntegramente abonadas a su entrega en el mismo mes. Sin embargo, a su solicitud, estas mercancías se valoran por perito en 8.000 euros debido a su obsolescencia, pues corresponden a una partida de ordenadores fabricados en 1996.

El valor de realización del inmueble hipotecado alcanza en subasta los 380.000 euros. Además la entidad ostenta créditos contra terceros por valor de 250.000 euros, que resultan íntegramente cobrados, y tiene en diversos depósitos bancarios la cantidad de 125.000 euros.

Elabore su informe razonado como Administrador Concursal, rechazando, ordenando y clasificando los créditos conforme a Ley; proponga las medidas de reintegración que considere oportunas, califique el concurso de la entidad, ya que no se ha alcanzado convenio, ejerza en su caso las acciones pertinentes por responsabilidad y proceda a la liquidación del patrimonio de la concursada.

-

BIBLIOGRAFÍA

format:sangrado:fran

BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: «En torno a la “naturaleza” de la responsabilidad concursal». ADCo, núm. 14, pp. 329 y ss. 2008.

format:sangrado:fran

DÍAZ MORENO: «La articulación de las fases de convenio y liquidación en el concurso de acreedores». ADCo, núm. 8, pp. 7 y ss. 2006.

format:sangrado:fran

GARCÍA CRUCES: *La calificación del concurso*, Cizur Menor, 2004

format:sangrado:fran

MACHADO: *El concurso de acreedores culpable (calificación y responsabilidad concursal)*. Cizur Menor, 2006.

format:sangrado:fran

MONTÓN y MARTÍNEZ PEREDA: «La calificación del concurso», La Ley, núm. 6060, 13 de julio de 2004.

format:sangrado:fran

URÍA, R. y MENÉNDEZ, A. (Directores): *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, 2ª edición, Madrid, 2006.

TEMA 11

La Conclusión del Concurso de Acreedores

DANIEL PRADES CUTILLAS

Profesor de Derecho Mercantil. Universidad Pontificia Comillas

SUMARIO

- 1. El Convenio de Acreedores
 - 1.1. Contenido del Convenio
 - 1.2. Propuesta de Convenio
 - 1.2.1. La Propuesta Anticipada y su aceptación
 - 1.2.2. Propuesta Ordinaria
 - 1.3. La Junta de Acreedores
 - 1.3.1. Constitución
 - 1.3.2. Deliberación y votación
 - 1.4. Aprobación Judicial
 - 1.5. Eficacia y Cumplimiento del Convenio
- 2. La Fase de Liquidación: Apertura y Efectos
 - 2.1. Apertura de la Fase de Liquidación
 - 2.2. Efectos
 - 2.2.1. Sobre el concursado
 - 2.2.1.1. Persona física
 - 2.2.1.2. Persona jurídica
 - 2.2.2. Sobre los créditos
 - 3. Las Operaciones de Liquidación
 - 3.1. Garantías del procedimiento
 - 3.2. Reintegración y Reducción
 - 3.3. El Plan de Liquidación
 - 3.4. Reglas supletorias
 - 3.5. El pago a los acreedores
 - 3.5.1. Créditos contra la Masa
 - 3.5.2. Créditos con privilegio especial
 - 3.5.3. Créditos con privilegio general
 - 3.5.4. Créditos ordinarios
 - 3.5.5. Créditos subordinados
 - 3.5.6. Créditos plurales
 - 4. La Calificación del Concurso
 - 4.1. Concurso culpable y fortuito
 - 4.2. Apreciación de la culpabilidad
 - 4.2.1. Apreciación causal
 - 4.2.2. Apreciación directa
 - 4.2.3. Apreciación objetiva
 - 4.3. Consecuencias de la sentencia de culpabilidad
 - 4.3.1. Contenido de la sentencia
 - 4.3.2. Consecuencias personales: inhabilitación
 - 4.3.3. Consecuencias patrimoniales
 - 4.3.4. Extensión de la responsabilidad patrimonial en el Concurso
 - 5. Conclusión y Reapertura del Concurso
 - 5.1. Conclusión del Concurso
 - 5.1.1. Conclusión por imprevención del Concurso
 - 5.1.2. Conclusión por insolvencia del Concurso
 - 5.1.3. Efectos de la Conclusión del Concurso
 - 5.2. Reapertura del Concurso
 - 5.2.1. Persona física
 - 5.2.2. Persona jurídica
 - Caso práctico
 - Bibliografía

1. EL CONVENIO DE ACREEDORES

La Ley Concursal declara expresamente, en su *Exposición de Motivos*, VI, que la solución natural del procedimiento es el logro de un acuerdo de pago entre el deudor y sus acreedores, al que denomina Convenio y cuya adopción fomenta y facilita en todo lo posible, tanto formalmente facilitando su proposición y agilizando su tramitación como materialmente, al admitir quitas de hasta el 50% de las deudas y esperas de hasta cinco años y aceptar soluciones alternativas como la conversión de deudas en capital.

Se trata en realidad de posibilitar, mediante la solución convenida en lugar de la tradicional liquidatoria, la prosecución de la actividad empresarial incluso en manos de tercero, separando la gestión de la empresa del empresario concursado cuando ésta sea viable, evitando así la pérdida de empleo y actividad. Sin embargo, y a pesar de tan encomiables

intenciones, la práctica ha demostrado la inadecuación de la intención normativa a la realidad práctica, y la solución convenida sólo sale adelante en una escasa fracción del total de concursos hasta ahora tramitados, mientras la liquidatoria – con la conclusión por insuficiencia de masa activa en segundo lugar – ha acabado por convertirse en la solución habitual. La regulación legal del convenio y su tramitación está contenida en el Capítulo I del Título V de la Ley, arts. 98 a 141, con las necesarias remisiones a otros preceptos, y organizada en ocho Secciones, de la cuales la Ley 38/2011 ha dejado sin contenido la primera, tratando sucesivamente las siete restantes de la Propuesta y sus adhesiones (arts. 99 a 103), de la Propuesta anticipada (arts. 104 a 110), Apertura de la fase de Convenio (arts. 111 a 115), Junta de Acreedores (arts. 116 a 126), Aprobación judicial (arts. 127 a 132), Eficacia (arts. 133 a 136) y finalmente normas sobre el Cumplimiento del Convenio (arts. 137 a 141).

1.1. CONTENIDO DEL CONVENIO

Consiste el Convenio en la aprobación de un auténtico plan de viabilidad de la empresa, en el que constará un plan de pagos detallado, con mención expresa de los recursos existentes así como de aquellos otros que se prevea conseguir, ya sea mediante la enajenación de activos o a través de la continuación de la actividad empresarial (art. 100.4 y 5 LC). Se trata de lograr un acuerdo de pago entre las partes, con lo que lógicamente el contenido de la propuesta habrá de consistir en un conjunto de medidas encaminado a la satisfacción, en lo posible, de las deudas. Por ello el protagonismo entre las medidas recae fundamentalmente en las tradicionales *quitas*, o condonaciones parciales de los débitos, y *esperas*, es decir alargamiento de los plazos de pago previstos. Pero, aun siendo el Convenio el final pretendido por la ley, no se trata tampoco de obtener a toda costa acuerdos que resulten gravemente perjudiciales para los acreedores, consintiendo un impago generalizado o un alargamiento insostenible de los plazos, por lo que la ley establece por una parte límites infranqueables por el acuerdo, y por otra consecuencias que normalmente el concursado habrá normalmente de evitar.

Como límite del convenio se establece la regla del 5 y 50: las esperas no podrán exceder en teoría de los cinco años de retraso en los plazos previstos, mientras las quitas no podrán superar el 50% de los créditos afectados (art. 100.1 LC). Excepcionalmente podrá el juez autorizar convenios que superen una o ambas barreras, si se trata de empresas «de especial trascendencia para la economía» si bien la ley no aclara a qué se refiere en concreto con la fórmula en cuestión – y si además se pide expresamente y se acompaña un plan de viabilidad que contemple la excepción solicitada. También se prevé expresamente la transgresión de estos límites, con autorización motivada por parte del juez, en los supuestos de solicitud anticipada de convenio, si viene acompañada de plan de viabilidad de la empresa que a su vez prevea la continuidad de la explotación (art. 104.2 LC).

De otro lado, y para estimular los convenios en general y con acuerdos menos desfavorables a los acreedores, se establece la regla de eximir del trámite de calificación (*vid. infra* 4.1) a los convenios en los que la quita no exceda del tercio de los créditos y la espera de tres años (art. 167.1 LC) evitando así la declaración de culpabilidad del concurso y la extensión patrimonial de sus consecuencias a los administradores de sociedades.

Además de las quitas y esperas, admite la ley la proposición de otras medidas alternativas, que no enumera por lo que quedan a la libertad de las partes (art. 100.2 LC). Sí cita, a título de ejemplo, la posibilidad de conversión de créditos en capital o su transformación en créditos participativos. Igualmente refiere la ley la posibilidad de la enajenación parcial de la empresa para atender los pagos, ya sea de elementos patrimoniales individualmente e incluso de unidades productivas autónomas susceptibles de explotación separada, ya sea independiente o

mediante su incorporación a otra empresa, debiendo en tal caso oírse previamente a los trabajadores afectados.

Como límite general, queda excluida terminantemente la posibilidad de las cesiones y daciones en pago y para pago, con la excepción prevista en el art. 155.4 para los bienes afectos a privilegio especial. Tampoco cabe alterar en el plan de pagos la calificación de los créditos prevista por la ley ni la cuantía aceptada salvo las quitas acordadas o proponer cualquier forma de liquidación global, con excepción de las posibilidades de fusión, escisión o cesiones globales de activo y pasivo.

Los acreedores podrán adherirse a cualquier propuesta de convenio realizada, mediante comparecencia ante el Secretario judicial o ante notario mediante acta que se incorporará a los autos en la que expresarán la cuantía y clase de sus créditos y su conformidad con las condiciones de pago propuestas (art. 103 LC).

-

1.2. PROPUESTA DE CONVENIO

El procedimiento establecido en la ley prevé diversas opciones para la propuesta de convenio. Básicamente caben las opciones de proposición por el deudor y por sus acreedores, en diferentes circunstancias. Por el momento de su tramitación, distingue la ley dos opciones, la Propuesta Ordinaria por el deudor o los acreedores para su discusión en la Junta de Acreedores prevista en la tramitación común, y la Propuesta Anticipada, realizada por el deudor, que evita la discusión en la Junta si previamente se obtiene el suficiente número de adhesiones de acreedores a la propuesta, simplificándose así la tramitación. A su vez la celebración formal de la Junta, en el caso de propuesta Ordinaria, puede ser sustituida por una tramitación escrita simplificada.

-

1.2.1. La Propuesta Anticipada y su aceptación

Se trata aquí de facilitar la aprobación de un Convenio sin necesidad de agotar la tramitación de la fase común del Concurso, ahorrando así tiempo y gestión y, consecuentemente, costes del procedimiento. Cabe la presentación de la propuesta anticipada en cualquier momento desde la solicitud voluntaria de concurso, a la que se puede acompañar, o desde la declaración del concurso cuando es concurso necesario (art. 105 LC). El límite temporal lo marca en ambos casos la expiración del plazo de comunicación de los créditos.

Para su admisión a trámite, la Propuesta habrá de contar con la adhesión de parte sustancial de los acreedores. Las adhesiones habrán de alcanzar, en el caso general, al menos el 25% del total pasivo del concurso que haya sido declarado por el deudor; excepcionalmente y para el caso de que la propuesta se acompañe a la solicitud del concurso voluntario, bastará con que se alcance el 10% (art. 106 LC), debiendo ser rechazada su tramitación por el juez si no se alcanzan los mínimos establecidos.

Aceptada su tramitación, la administración concursal deberá pronunciarse sobre su contenido, evaluándolo de forma favorable o desfavorable mediante informe que emitirá en plazo de diez días. Esta valoración sólo será vinculante para su tramitación en caso de ser favorable, de no serlo deberá el juez decidir sobre su rechazo inmediato o la continuación del trámite (art. 107 LC). De resultar definitivamente admitida, los acreedores podrán libremente adherirse a la propuesta o revocar su adhesión previa si su crédito se modificase hasta el momento en que se produzca la firmeza del inventario y la lista de acreedores esto es antes del momento procesal en que debiera convocarse la Junta de Acreedores. Llegado este punto se verificará por el secretario el volumen de adhesiones, y de alcanzarse la mayoría prevista legalmente (*vid. infra* 1.3.2) proclamará la aprobación del convenio.

Si resulta aprobada la propuesta anticipada, el juez se pronunciará ya sea dictando sentencia de conclusión del procedimiento y aprobación del convenio o rechazando el convenio si procediera legalmente (*vid. infra* 1.4). En caso de rechazo por los acreedores o el juez, éste requerirá al deudor para que manifieste si mantiene la propuesta de cara a su discusión en la Junta de Acreedores en cuyo caso los acreedores adheridos se considerarán asistentes y favorables a la aprobación o si solicita directamente la liquidación, procediendo a continuación a la apertura de la fase procesal correspondiente.

Por tratarse de una tramitación privilegiada, considerada objetivamente beneficiosa para el deudor, la ley prohíbe acogerse a la propuesta anticipada a quienes hayan sido condenados previamente por delitos de falsedad documental o contra el patrimonio, la Hacienda Pública, la Seguridad Social o los derechos de los trabajadores, así como a aquellos deudores que hayan incumplido la obligación de depositar las cuentas anuales en uno de los tres ejercicios anteriores. Cabe igualmente la revocación de su admisión a trámite de conocerse con posterioridad la concurrencia de cualquiera de estas circunstancias.

1.2.2. Propuesta Ordinaria

Entendemos como ordinaria la propuesta de convenio realizada para su discusión y valoración en la fase procesal propiamente de Convenio, es decir para su sometimiento a la decisión de la Junta de Acreedores. La propuesta se presentará después de cerrado el plazo de comunicación de los créditos si fuera presentada antes será propuesta anticipada y hasta el cierre definitivo de la lista de acreedores, y puede ser tanto realizada por el deudor como por uno varios acreedores que sumen en conjunto la quinta parte de los créditos, todo ello salvo que exista previa solicitud de liquidación por el deudor (art. 113 LC). Cerrado el plazo inicial de presentación se convocará la Junta de Acreedores, pudiendo ahora presentarse de nuevo propuesta, si no se hizo antes, por los mismos interesados y hasta cuarenta días antes de la fecha prevista para la celebración de la Junta.

La propuesta presentada, en uno u otro de los momentos previstos, deberá ser admitida a trámite por el juez. De no existir ninguna, o rechazarse por defecto procesal todas las presentadas, se acordará por el juez, sin más trámite, la apertura de la fase de liquidación (art. 114.2 LC).

Admitida a trámite, la propuesta se trasladará a la administración concursal para su informe, cuyo escrito se incorporará a la propuesta quedando ambos de manifiesto en el juzgado para su consulta por los interesados. Hasta el momento del cierre de la lista de asistentes a la junta se aceptarán las adhesiones de los acreedores que lo deseen, tales adhesiones no serán revocables, pero si quienes las expresan asisten con posterioridad a la Junta, podrán cambiar en ésta el sentido de su voto (art. 115.3).

Podrá acordarse por el juzgado tramitación escrita de la propuesta (art. 115 bis LC), suprimiéndose la celebración formal de la Junta, en tal caso se señalará en el mismo auto que la acuerde la fecha límite plazo de dos meses para presentar tanto las adhesiones como los votos contrarios al acuerdo. Finalizado este plazo se verificará y proclamará por el Secretario el resultado de las votaciones, dictando el juez sentencia aprobatoria del convenio si se ha alcanzado la mayoría necesaria, o, en caso contrario, la apertura de la fase de liquidación.

1.3. LA JUNTA DE ACREEDORES

La aprobación de la propuesta ordinaria de convenio, salvo que se someta a la tramitación escrita, debe realizarse mediante su discusión y votación por los acreedores reunidos en Junta, según las siguientes reglas:

-

1.3.1. Constitución

La ley obliga a asistir a la Junta de Acreedores a los Administradores Concursales, cuya inasistencia será causa de remoción del cargo, con obligación de reintegrar a la masa los honorarios percibidos hasta el momento. También es obligatoria la asistencia del concursado, si bien puede enviar a un representante con poderes plenos de administración, además de asistir acompañado de letrado (art. 117 LC). A su vez tienen derecho a asistir todos los acreedores incluidos en la lista definitiva, quienes pueden también designar un representante específico o conferir representación a otro acreedor o a un tercero que represente a varios de ellos; todos estos apoderamientos se realizarán ante notario o por comparecencia personal ante el Secretario judicial.

Los acreedores privilegiados tienen derecho de abstención en la Junta, y no resultarán afectados por los acuerdos de ésta (art. 123 LC). Pueden no obstante asistir a la misma, sin que su presencia se compute a efectos de quórum, e intervenir en las deliberaciones, pero si llegasen a emitir voto favorable al acuerdo, y éste resulta finalmente aprobado, quedarán sometidos a los efectos del mismo (art. 123.2 LC y 124 in fine). Aclara la ley que en caso de que el mismo acreedor ostente créditos privilegiados y ordinarios, su voto se considerará exclusivamente con relación a éstos, salvo manifestación expresa en contrario por parte del interesado en el momento de la votación. No tendrán derecho de voto los acreedores subordinados ni los adquirentes del crédito con posterioridad a la apertura del concurso, salvo que se trate de créditos integrados en la adquisición universal por su nuevo titular del patrimonio del acreedor original (art. 122 LC).

La Junta se constituirá bajo la presidencia del juez, quien puede delegar esta función en un administrador concursal, desempeñando el secretario judicial la función de secretaria. Para su válida constitución, habrán de asistir acreedores que representen al menos la mitad del pasivo ordinario (art. 116 LC) que conste en la lista definitiva de acreedores.

Se elaborará en primer lugar la lista de asistentes, en la que se especificarán, en su caso, las asistencias por representación, y se anejará al acta propiamente dicha. Durante su celebración los acreedores podrán solicitar las informaciones que precisen sobre el informe de la administración, la propuesta de convenio y el informe de valoración de ésta.

-

1.3.2. Deliberación y votación

Abierta la sesión por el presidente de la junta, se procederá a la aprobación de la lista de asistentes (art. 121 LC), decidiendo éste sobre la validez de los apoderamientos, acreditaciones, etc. A continuación se abrirá el turno de deliberación, comenzando por la exposición de las propuestas admitidas a trámite. Deberá votarse en primer lugar sobre la propuesta presentada por el concursado, y si resultase rechazada se pasará a exponer y votar las de los acreedores, comenzando si hay varias por la que cuente con el apoyo de la mayor proporción de pasivo. La votación se producirá en cada caso por llamamiento nominal, y a los votos de los presentes se sumarán, en cada caso, los de los acreedores adheridos con anterioridad. En el momento en que una de las propuestas resulte aprobada se levantará la junta sin deliberación sobre las restantes. Si todas se rechazaren sucesivamente, se levantará la sesión, previo cierre del acta, y procederá el juez a la apertura de la fase de liquidación.

Para la aprobación del Convenio será necesaria la mayoría absoluta del pasivo ordinario, es decir el voto a favor de al menos la mitad de los titulares de éste (art. 124 LC).

Excepcionalmente, si se establece una espera inferior a tres años o el pago inmediato con una quita inferior a la quinta parte, bastará con la mayoría ordinaria, es decir con que la

proporción del pasivo a favor sea superior a la que se pronuncie en contra. Ambas normas son aplicables, en las mismas proporciones, a la aprobación tanto de la propuesta anticipada como de la ordinaria, y en ésta tanto en la tramitación escrita como en la aprobación en junta (art. 124 LC).

El secretario levantará acta de la junta, recogiendo sucintamente el tenor de las intervenciones y deliberaciones y expresando el resultado de cada una de las votaciones que se hayan realizado. Una vez leída el acta se levantará la sesión.

-

1.4. APROBACIÓN JUDICIAL

Una vez aprobado por la Junta de Acreedores, el convenio habrá de someterse a la aprobación por el juez, quien podrá revisarlo de oficio y deberá entender de las oposiciones que presentasen los acreedores disidentes. Estos tendrán plazo de diez días desde la celebración de la Junta, en su caso, o desde la proclamación por el secretario de la aprobación en trámite escrito o propuesta anticipada para presentar escrito de oposición al convenio. Podrán oponerse los acreedores que votaron en contra, los que no asistieron a la junta o no se adhirieron al convenio y los privados ilegítimamente del derecho de voto (art. 128.1 LC). La oposición deberá fundamentarse en infracción de las normas relativas al contenido del convenio, o quebrantamiento formal de las atinentes a las adhesiones y la celebración de la junta. Además de las cuestiones formales, la ley incluye expresamente, entre los supuestos de oposición admisible, el caso en que el o los votos decisivos para la aprobación hayan sido emitidos por titular no legítimo del crédito, así como la oposición del 5% del pasivo si considera el convenio de cumplimiento inviable objetivamente. También podrá oponerse el deudor si la propuesta aprobada no fue la presentada por él.

Se sustanciará la oposición por el trámite del incidente concursal, resolviéndose mediante sentencia de aprobación o rechazo, pero sin posibilidad de modificación por el juez de lo aprobado en la junta, aunque sí puede hacer interpretación correcta de lo aprobado o subsanar errores materiales (art. 129.1 LC). Si se estimase la oposición por infracción formal en la constitución o deliberación de la junta, se volverá a convocar ésta para su correcta celebración; si se tratase de tramitación escrita, se repondrá la misma o se convocará junta, a decisión judicial.

En caso de que no se presente ninguna oposición, será el juez quien revise de oficio, rechazándolo si se hubiese incurrido en alguna de las infracciones antedichas y tomando las medidas de reposición de los autos que fueren procedentes, con los mismos supuestos y consecuencias que si se hubiese presentado oposición.

De no apreciarse irregularidad o infracción, se dictará sentencia aprobando definitivamente el convenio, con los requisitos de publicidad, general y registral, establecidos para la declaración de concurso (*vid.* arts. 23 y 24 LC).

-

1.5. EFICACIA Y CUMPLIMIENTO DEL CONVENIO

La ley atribuye al convenio eficacia desde el momento en que se diete la sentencia aprobatoria, salvo modificación o limitación expresa contenida en la propia sentencia. A partir de tal momento cesarán todos los efectos de la declaración de concurso, pasando los administradores concursales al trámite de rendición de cuentas de su actuación al juez, si bien estarán legitimados para la continuidad de los incidentes pendientes de resolución definitiva. El convenio obliga al deudor y a la totalidad de los acreedores ordinarios y subordinados, anteriores al concurso, a respetar las condiciones establecidas, aun en el caso de que sus créditos no se hubiesen reconocido. En cuanto a los subordinados, se someterán a las mismas

quitas y esperas que los ordinarios, pero el cómputo de los plazos se iniciará a partir del íntegro cumplimiento de éstos, en las condiciones acordadas por el convenio. Los privilegiados no se verán afectados, salvo en el supuesto de que hubiesen votado favorablemente, o si con posterioridad se adhiciesen expresamente (art. 134.2 LC). Aprobado el convenio, se producen efectos plenamente novatorios en cuanto a los nuevos plazos y cuantías con el alcance establecido en el acuerdo, sobre los créditos ordinarios y subordinados, así como los privilegiados que hubiesen votado a favor (art. 136 LC). Cuando existan avalistas, fiadores y deudores solidarios con el concursado, sus créditos no se verán afectados por los efectos del convenio (art. 135 LC), no pudiendo alegar el contenido de éste en perjuicio de los acreedores.

El estado de los pagos sucesivos habrá de ser comunicado por el concursado al juez, con periodicidad semestral (art. 138 LC), hasta que se alcance, en su caso, el íntegro cumplimiento de lo acordado. Una vez que el deudor crea alcanzado el cumplimiento, lo comunicará al juzgado, mediante informe complementado con la justificación de los pagos realizados, solicitando la correspondiente declaración judicial. Informe y justificantes se pondrán de manifiesto durante quince días, para las alegaciones oportunas de incumplimiento por los interesados. Cumplido el plazo, el juez dictará el Auto de Cumplimiento del Convenio.

Los acreedores podrán solicitar del juez la declaración del incumplimiento del convenio en el momento en que se consideren afectados por éste, y hasta los dos meses siguientes al Auto de Cumplimiento. De presentarse alguna solicitud en este sentido, se tramitará como incidente concursal, dictando el juez la sentencia correspondiente, que será a su vez apelable.

Si la sentencia declara el incumplimiento del convenio, ordenará simultáneamente la apertura de la Fase de Liquidación, si por el contrario lo declara cumplido deberá aguardarse el plazo de su firmeza y, alcanzada ésta, se dictará Auto de Conclusión del Concurso por Cumplimiento.

2. LA FASE DE LIQUIDACIÓN: APERTURA Y EFECTOS

La fase de liquidación pone punto final al procedimiento concursal cuando resulta imposible la solución querida por la Ley, que es indudablemente el convenio; debe por lo tanto ser entendida como la «solución última» para obtener la satisfacción de los créditos, evidentemente sólo parcial, pues si se alcanza esta fase será por insuficiencia del activo para cubrir el pasivo. Se trata por lo tanto de la aceptación teórica del mal menor como solución ante la imposibilidad de lograr un proceso de pago acordado por las partes y que, aunque no alcance la satisfacción total de los acreedores, quede cerca de ésta.

Resulta evidente que la liquidación no es la mejor solución posible, pero debemos tener presente que se trata en realidad de un recurso legal extraordinario para resolver lo imposible, partiendo de la situación, contrastada y confirmada por los Administradores del Concurso, de que el Pasivo supera ampliamente al Activo y que además no se ha logrado llegar a una solución concertada mínimamente aceptable por los implicados, y ello a pesar de las múltiples oportunidades que para conseguirlo ofrece la Ley. Hay que contemplarla como la última y forzosa solución, a aplicar con vocación de excepcionalidad, cuando no existe otra posibilidad, por más que en la práctica, y contrariamente a lo pretendido sea más habitual de lo deseable el recurrir a esta solución.

La regulación legal está contenida en el Capítulo II del Título V de la Ley, arts. 142 a 162, con las necesarias remisiones a otros preceptos, y organizada en cuatro Secciones, sucesivamente de la Apertura, sus Efectos, las Operaciones de Liquidación y el Pago a los

Acreedores:

-

2.1. APERTURA DE LA FASE DE LIQUIDACIÓN

La apertura de la fase de liquidación se regula en la Sección 1ª y comprende los artículos 142 a 144. Distingue la Ley diferentes opciones para la apertura de la Fase de Liquidación, concediendo en primer lugar la iniciativa al deudor que voluntariamente así lo prefiera u obligándole a hacerlo en otros casos; otorga luego la facultad de su solicitud a los acreedores si concurre causa suficiente, y ordena en último lugar su apertura de oficio en casos concretos. Estas diferentes opciones nos permitirán hablar, según concurren unas u otras causas en la apertura de esta fase del procedimiento, de Liquidación Voluntaria, Obligatoria, Necesaria y Forzosa o de oficio.

1º Liquidación Voluntaria:

La primera causa de apertura de la fase de Liquidación queda en manos del propio deudor, a quien el núm. 1 del art. 142 de la Ley faculta para su solicitud voluntaria en cualquier momento y sea cual sea el estado de tramitación del concurso (modificación introducida por la Ley 38/2011 de 10 de octubre, anteriormente la facultad se le concedía al deudor en cuatro supuestos concretos, hoy subsumidos en la plena voluntariedad). Se trata pues de una facultad plena atribuida por la Ley al deudor, ya que dice el texto legal «*el deudor podrá pedir la liquidación en cualquier momento*», con lo que inequívocamente estamos ante una mera decisión voluntaria del mismo.

Solicitada la liquidación por el deudor, el Juez quedará obligado a abrir la fase de Liquidación mediante Auto de apertura de ésta dictado en los diez días siguientes a la solicitud (LC 142.1).

2º Liquidación Obligatoria:

El deudor, vigente convenio, quedará obligado a solicitar la Liquidación (LC 142.2) en cuanto conozca la imposibilidad de hacer frente a los pagos comprometidos por el mismo o las obligaciones que posteriormente hubiere contraído.

En este caso la obligación es taxativa por imposición legal, y su incumplimiento trae como consecuencia la posibilidad de liquidación necesaria.

3º Liquidación Necesaria:

Procederá estudiar, que no declarar (LC 142.2), la apertura de la fase de Liquidación, a petición de los acreedores, cuando, vigente convenio, incurriese el deudor de nuevo en alguno de los hechos que la Ley establece como capaces de fundamentar la solicitud de concurso por parte de los acreedores, con reenvío expreso a los presupuestos objetivos del concurso del art. 2.4º de la Ley. En este caso no se produce, como en los anteriores, la apertura inmediata y automática de la Fase Liquidatoria, sino la reproducción del trámite de la vista previa a la declaración del Concurso (arts. 15 y 19) a solicitud de los acreedores, todo ello con el lógico fin de dar al concursado ocasión de demostrar la ausencia de fundamento de la solicitud. Requiere por lo tanto controversia previa al auto de declaración de apertura de la liquidación, y el Juez resolverá a la luz de lo actuado en el incidente. Cabe sin embargo aclarar que existe una vía indirecta para los acreedores de pedir la liquidación, a través de la solicitud de la Declaración Judicial de incumplimiento del convenio del art. 140, que llevará también, de ser declarada, a la apertura de oficio de la fase liquidatoria como veremos más adelante.

4º Liquidación Forzosa o de Oficio:

El art. 143 establece los supuestos en que el Juez debe ordenar la apertura de la fase de Liquidación. Básicamente los cinco supuestos que distingue el número 1 de este artículo son agrupables en tres situaciones diferentes: imposibilidad, invalidez o incumplimiento del convenio.

En los supuestos de imposibilidad de alcanzar convenio—ya sea por inexistencia de propuestas o por rechazo de las presentadas (LC 143.1, 1º y 2º)—la consecuencia común es la apertura sin más trámite de la Fase de Liquidación ordenada por el 143.2 en ambas situaciones. La primera de ellas es la ausencia de propuesta de convenio, ya sea por no haberse presentado ninguna de las posibles en la tramitación, o bien si, habiéndose presentado una o varias, resultaren todas ellas no admitidas a trámite (art. 114.2 LC) por los motivos expresados en la Ley. Sin propuesta de convenio para discutir en la Junta de acreedores no cabe la celebración de ésta, con lo cual si el Juez constata en el cuadragésimo día anterior a la celebración de la Junta convocada (LC 113.2) la ausencia de propuesta de convenio, deberá sin más trámite (LC 143.2) acordar la apertura de la Fase de Liquidación.

El segundo supuesto se produce simplemente porque no se alcanza en la Junta de Acreedores la aprobación de ninguna de las Propuestas de Convenio presentadas, con lo que la única solución es nuevamente la apertura de la Liquidación. Así pues, celebrada la Junta y redactada el Acta de la misma en la que conste la no aprobación de propuesta alguna, el Juez habrá de dictar de inmediato y sin más trámite el Auto de apertura de la Liquidación, sin aguardar a solicitud alguna de interesado.

Se abrirá también la liquidación, en tercer lugar, en los casos de invalidez del convenio, tanto si ha sido aprobado por la Junta y luego rechazado por el Juez, como declarado nulo con posterioridad a la aprobación judicial. Una vez aprobado el convenio por la Junta de Acreedores, cabe todavía la oposición a su aprobación por parte de los acreedores (LC 128) e incluso su rechazo de oficio por el Juez (LC 131), quien podrá dar un nuevo plazo de un mes para subsanar, en su caso, las adhesiones formalmente defectuosas o volverá a convocar la Junta si apreciase infracción en su constitución o celebración. Cumplidos estos trámites, de mantenerse el rechazo judicial por no subsanarse los defectos, y en la misma resolución en que lo exprese, deberá el Juez acordar la apertura de la Liquidación.

Lo mismo sucederá si el convenio aprobado por el Juez resultase posteriormente declarado nulo por resolución judicial firme, aunque aquí la Ley parece encomendar la apertura de la liquidación a la propia resolución que declare nulo el convenio (143.2, párr. 2º: «...la apertura de la fase de liquidación se acordará en la propia resolución judicial que la motive») debemos entender que ello es imposible pues a la vez se supedita la apertura a la firmeza de la resolución que declare la nulidad, por ello más bien debemos entender que el juez, constatada esta firmeza, deberá declarar la apertura de la liquidación en resolución que así lo exprese.

Finalmente declarará el Juez abierta la liquidación en la resolución en que, en su caso, declare incumplido el convenio. Esta resolución procederá a solicitud del acreedor afectado por el presunto incumplimiento, y (LC 140) podrá instarse en cualquier momento entre el del incumplimiento y los dos meses siguientes a la última publicación del auto de cumplimiento de haberse emitido éste. Lo curioso es que la Ley no establece en el art. 140.4 la apertura de la liquidación como efecto directo de la declaración de incumplimiento, pero más adelante, como hemos visto (LC 143, 2) ordena al Juez que abra la liquidación «en la propia resolución judicial» en que se declare incumplido el convenio.

La resolución de apertura de la fase de liquidación, en todos los supuestos previstos, deberá publicarse (LC 144) según «la publicidad prevista en los artículos 23 y 24», es decir la misma que inicialmente se prevé para el concurso consistente básicamente en publicación en prensa y BOE, inscripción en Registro Civil, Mercantil u otros y anotaciones preventivas en los Registros de la Propiedad o en los pertinentes para otros bienes.

-

2.2. EFECTOS

A los efectos de la liquidación dedica la Ley la Sección 2ª del capítulo II del Título V, artículos 145 a 147, si bien este último establece la continuidad, una vez abierta la fase liquidatoria, de los efectos generales del concurso en cuanto no se opongan a las disposiciones especiales de ésta, con expresa remisión al Título III de la Ley, arts. 40 a 74.

Los dos efectos más destacados y generales de la apertura de la fase de liquidación serán la necesidad de calificación del concurso (arts. 163 y 176 LC) y la posibilidad de extender la responsabilidad concursal al patrimonio personal de los administradores y responsables de las decisiones de la persona jurídica, en su caso (art. 172bis LC). De ambos efectos se tratará en el epígrafe 11.4, eñiéndonos por ahora a los efectos comunes, o procedimentales, de la Liquidación que se extenderán sobre el concursado y sobre los créditos concursales:

2.2.1. Sobre el concursado

Tenemos que diferenciar aquí los efectos según se trate de concursados individuales o sociales, aunque en general cabe decir que la liquidación agrava su situación ya que en todos los casos se sustituyen las situaciones de intervención por las de suspensión de las facultades de administración y disposición patrimoniales:

2.2.1.1. Persona física

Tres son los efectos que debemos distinguir:

A) Suspensión plena de las facultades patrimoniales.

Dispuesta por el art. 145.1, en el caso en que éstas no hubiesen quedado previamente suspendidas por la declaración del concurso. Consecuentemente en todas las situaciones en que, en virtud de los arts. 40 y ss., se hubiese producido mera intervención del concursado por la administración concursal, se consumará el desapoderamiento general. En el supuesto en que la liquidación se abra por incumplimiento del convenio, se nombrarán nuevos administradores, si bien cabe que sean repuestos en sus funciones los que se nombraron para el procedimiento concursal:

B) Imposibilidad de continuar en el ejercicio de la actividad.

Ya sea empresarial o profesional, dispuesta por el art. 44.3 como consecuencia de la suspensión de las facultades patrimoniales. Hay que tener en cuenta que lo que se produce no es el cese en la actividad, sino que ésta pasa, en lo económico, a estar plenamente bajo control de la administración concursal, que debe tomar las medidas necesarias para asegurar la continuidad del ejercicio de cara a su posible enajenación unitaria. Llama la atención que la Ley se limite a mencionar la actividad profesional, para incluirla en el desapoderamiento, sin establecer normas para la sustitución del concursado por tercero cualificado legalmente (actividades colegiadas) o si por el contrario la debe ejercer el concursado, pero sometido a embargo de los ingresos que excedan de los inembargables según lo dispuesto en el art. 607 de la LEC, que parece lo más lógico.

C) Extinción de los alimentos.

Establece el art. 145.2 la extinción del derecho a alimentos con cargo a la masa activa que se hubiere concedido al concursado en aplicación del art. 47, con excepción de los imprescindibles para la manutención del concursado y sus dependientes. Se han de entender aquí aplicables igualmente las normas de inembargabilidad dispuestas en la LEC:

2.2.1.2. Persona jurídica

Debemos reseñar aquí cuatro efectos principales, contenidos en los arts. 48 y 145.3 de la Ley:

A) Disolución de la sociedad.

Ordenada por el art. 145.3, la resolución que ordene la apertura de la liquidación deberá contener necesariamente la declaración judicial de disolución de la sociedad. En el mismo sentido se pronuncia el art. 361 de la LSC. Hay que concluir por tanto que la disolución es automática y se produce como consecuencia del auto de apertura de la fase liquidatoria, y que aún en el caso de que esta resolución no hiciese referencia a la disolución social, esta se produciría igualmente sin necesidad de acuerdo de la Junta General y sin que proceda el nombramiento de liquidadores de la sociedad, por asumir esta función las instituciones concursales. Incluso, puesto que el art. 144 ordena dar a la apertura de la liquidación la publicidad del art. 24, y el apartado 2 de éste establece la comunicación al Registro Mercantil, cabe decir que, comunicada a éste la apertura de la liquidación, debe inscribirse la disolución de la sociedad y su sometimiento a la liquidación concursal aún en el caso de que la comunicación judicial no contenga estas precisiones.

B) Cese de los administradores y liquidadores.

Ordenado por el art. 145.3, es la consecuencia lógica de la disolución de la sociedad en el ámbito del concurso, y equivalente al desapoderamiento del concursado persona física. Lógicamente sus funciones son asumidas por los administradores concursales, con la limitación para éstos de seguir el proceso liquidatorio concursal.

C) Embargo preventivo.

El art. 48.ter. 1. LC establece la posibilidad de embargo preventivo de bienes de administradores y liquidadores de la sociedad si existiese fundada posibilidad de que el concurso se califique como culpable y la masa activa resultase insuficiente. Como la obligatoriedad de la calificación nace de dos causas y una de ellas es precisamente la apertura de la liquidación, es claro que ésta puede traer como efecto, combinada con la insuficiencia de la masa activa, el embargo preventivo del patrimonio de administradores y liquidadores de hecho y de derecho, si no se hizo con anterioridad.

D) Inicio de la Acción contra socios subsidiariamente responsables de las deudas sociales.

Se trata en este caso más bien de un efecto frente a los socios que frente a la sociedad, si bien la Ley lo recoge entre los efectos del concurso para las personas jurídicas. El art. 48.bis. 1. LC reserva para los administradores del concurso, durante la tramitación de éste, la legitimación para ejercer la acción de reclamación contra los socios responsables subsidiariamente de las deudas sociales anteriores a la declaración del concurso, si bien la permite ejercer subsidiariamente a los acreedores en el supuesto previsto en el 54.4. Este supuesto prevé que los acreedores pueden requerir a los administradores para que ejerzan las acciones de carácter patrimonial que asistan al concursado, pudiendo los acreedores ejercer estas acciones a su costa pero en beneficio de la masa si no lo hiciesen los administradores concursales ni el concursado en plazo de dos meses desde el requerimiento.

Lo que debemos destacar aquí es que el art. 48.bis no solo reserva la legitimación para el ejercicio de la acción, sino que retrasa la posibilidad de ejercer ésta por cualquiera de los legalmente legitimados, al decir «...durante la tramitación del concurso». Así pues hay que concluir que la apertura de la liquidación produce también el efecto de dar vía libre a los administradores concursales (y en el caso del 54.4 a los acreedores) para reclamar de los socios responsables de las deudas sociales, sin que antes se pueda iniciar la reclamación por ninguno de los interesados. El art. 48.ter.2. LC faculta al juez para ordenar de oficio o a instancia de los administradores concursales el embargo preventivo de bienes y derechos de estos socios en cuantía suficiente para asegurar la suficiencia de la masa activa, con el mismo trato que en el apartado 1 se da a los administradores.

Parece pues que la secuencia será asegurar la suficiencia de la masa mediante el embargo preventivo, sin que se proceda a cuantificar la responsabilidad de los socios afectados hasta alcanzado el convenio o abierta la liquidación, y procediéndose entonces a ejercer la acción en la cuantía necesaria con cargo a los bienes ya embargados, y, de ser necesario, ampliándose a los bienes aún no trabados.

-

2.2.2. Sobre los créditos

Contiene el art. 146 en primer lugar una remisión general al contenido del capítulo II del Título III, que determina los efectos del concurso sobre los acreedores en general, y donde deberemos buscar las consecuencias que sobre ellos produce el desapoderamiento general o la apertura de la liquidación, además de los dos dispuestos directamente por el art. 146. Así los efectos serán los siguientes:

A) Sustitución procesal.

Establece el apartado 2 del art. 51 que en caso de suspensión de las facultades de administración, lo que sucede al iniciarse la fase de liquidación, la administración concursal sustituirá procesalmente al concursado en los procedimientos judiciales en trámite, se entiende que con excepción de las acciones de índole personal. Se trata de un efecto más del desapoderamiento general y del control que la administración concursal pasa a ejercer sobre todas las actividades susceptibles de influir en el patrimonio del concursado.

La sustitución procesal se produce para un mejor control, pero no significa que los administradores ostenten íntegramente la representación procesal del concursado, ya que no podrán desistir, allanarse ni transigir más que con autorización del juez del concurso, quien a su vez deberá oír al respecto tanto al deudor como a los personados en el concurso que estime conveniente. Es pues más una medida de control que de administración sobre el patrimonio del deudor.

De hecho la propia Ley emplea indebidamente la expresión sustitución procesal, pues no se trata de una sucesión en la dirección del pleito en nombre del concursado, ya que se concede a éste la posibilidad de mantener su representación y defensa procesales separadamente, con la condición de asegurar que los gastos de éstas no recaigan en la masa y con el límite de no poder desistir, allanarse o transigir. En realidad se priva al concursado de la capacidad de decidir sobre el resultado del pleito antes de dictada la sentencia, pasando esta capacidad al control del juez del concurso.

B) Ejercicio de acciones del concursado.

En virtud del art. 54.1 será la administración concursal, una vez abierta la fase de liquidación, la que ostente la legitimación activa para el ejercicio de las acciones que asistan al concursado y no sean de índole personal. Para las que ostenten este carácter seguirá estando legitimado el concursado, quien tendrá pleno control sobre ellas a no ser que la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio, en cuyo caso precisará la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos, allanarse, desistir o transigir, en definitiva para todas las actividades dispositivas sobre el pleito mismo.

El apartado 3 del mismo artículo faculta al concursado para personarse y defenderse separadamente en los juicios promovidos por la administración concursal, pero sin que las consecuencias, gastos o costas, de esta defensa separada puedan recaer sobre la masa. No se le priva pues del derecho a litigar ni se le limita éste, pero sí se le impide perjudicar a la masa con las resultas negativas de los pleitos en que intervenga.

C) Ejecución de garantías reales.

El art. 56.1 ordena la imposibilidad de iniciar ejecuciones de garantías reales desde el

momento de la declaración del concurso, y el 56.2 la suspensión de actuaciones en las ejecuciones iniciadas con anterioridad a la declaración. La apertura de la liquidación producirá sobre estas garantías reales el efecto previsto en el art. 57.3, consistente en la reanudación de las ejecuciones que resultaron afectadas por la suspensión, pero no en sus procedimientos originales sino como piezas separadas dentro del procedimiento concursal. En cuanto a las garantías cuya ejecución no se hubiere iniciado al tiempo de la declaración del concurso, la apertura de la liquidación acarreará la pérdida definitiva del derecho de ejecución separada, procediéndose a su ejecución privilegiada dentro del procedimiento general de liquidación. Cabe añadir aquí un efecto contrario, dispuesto en el art. 56.1, y es que la no apertura de la liquidación, transcurrido un año desde la declaración del concurso, liberará a estos acreedores de la prohibición de iniciar las ejecuciones de sus garantías.

D) Vencimiento y liquidación anticipados.

El art. 146 dispone que la apertura de la liquidación produce el vencimiento anticipado de todos los créditos aplazados, y como consecuencia y en virtud del art. 159 la aplicación a éstos del descuento correspondiente calculado al tipo de interés legal. Así mismo todos los créditos que consistieren en prestaciones diferentes de la entrega de dinero habrán de ser valorados y convertidos en dinero para su satisfacción ordenada con cargo a la masa.

3. LAS OPERACIONES DE LIQUIDACIÓN

Se regulan las operaciones de liquidación en la Sección 3ª, artículos 148 a 153, estableciéndose sucesivamente la redacción del Plan de liquidación, las reglas supletorias de éste y por último una serie de normas encaminadas a mantener la honestidad y transparencia de las operaciones liquidatorias, junto con otras disciplinarias para los administradores concursales, quienes como se ha dicho más arriba se convierten ahora en auténticos liquidadores del patrimonio concursal, al modo de los liquidadores sociales pero con obligación de rendir cuentas de sus actos al juez del concurso.

3.1. GARANTÍAS DEL PROCEDIMIENTO

Como garantía de la transparencia y honestidad de las operaciones liquidatorias, la Ley prohíbe a los administradores concursales (art. 151) la adquisición, por sí o por persona interpuesta, y aunque fuera en subasta, de cualquiera de los bienes integrados en la masa activa del concurso. El incumplimiento de la prohibición anterior acarreará la inhabilitación del administrador infractor, con comunicación al Registro de Resoluciones Concursales, el reintegro a la masa, sin contraprestación, del bien indebidamente adquirido y la pérdida del crédito concursal que ostentase el infractor.

Como medida de control de las operaciones, establece el artículo 152 la obligación de los administradores de presentar al juez informes trimestrales sobre el estado de las operaciones, que quedarán de manifiesto en el juzgado, constituyendo el incumplimiento causa de las sanciones previstas en los arts. 36 y 37 de la Ley Concursal.

Por último, y para asegurar la agilidad de las operaciones, el art. 153 faculta a cualquier interesado para solicitar la remoción de los administradores transcurrido un año sin culminar la liquidación. En este caso el juez oír a los interesados y, si no existe justa causa para la dilación, acordará su separación y sustitución. En tal caso los afectados perderán el derecho a las remuneraciones devengadas, devolviendo a la masa las percibidas, y el auto separatorio será inscrito en el Registro de Resoluciones Concursales.

3.2. REINTEGRACIÓN Y REDUCCIÓN

Es obvio que las operaciones de liquidación se encaminan a convertir en dinero la totalidad de la masa activa para, posteriormente y con el producto obtenido, pagar ordenadamente a los acreedores. Por ello no está de más recordar que, como paso previo a la liquidación, ha debido realizarse la reintegración y reducción de las masas, utilizándose las acciones de contenido patrimonial que asistan al concursado frente a terceros y así mismo las acciones de reintegración previstas en beneficio de la masa, tanto sean rescisorias como impugnatorias, que se tramitarán como incidentes del concurso según el art. 72.

Otro tanto cabe decir sobre las operaciones de reducción, practicadas al amparo de lo dispuesto en el art. 80. En definitiva se tratará de acciones reivindicatorias de tercero que permiten a éste recuperar bienes de su propiedad indebidamente ocupados en la masa.

-

3.3. EL PLAN DE LIQUIDACIÓN

Prevé el art. 148.1 de la Ley la confección por los administradores concursales de un plan de liquidación, en el plazo de 15 días desde la notificación de la apertura de la liquidación, prorrogables por otros quince a solicitud de los administradores y si el juez lo entiende justificado por la complejidad del concurso. El Plan deberá consistir en una programación ordenada de las realizaciones de bienes y derechos encaminadas a su conversión en efectivo para satisfacer las deudas, conteniendo, en su caso, el ejercicio por los administradores de la facultad concedida en el art. 155.2 de pagar los créditos con privilegio especial con cargo a la masa y sin realizar los bienes afectos en garantía.

Dentro de lo posible, se contemplará la enajenación unitaria del conjunto de establecimientos o unidades productivas que formen parte del patrimonio concursal, con el fin de favorecer la continuidad de la actividad empresarial o profesional afectada lógicamente ahora en manos de tercero produciéndose en este caso a efectos laborales la continuidad o sucesión de empresa prevista en el art. 149.2., de manera que se asegure en lo posible el mantenimiento de los puestos de trabajo, pero con declaración expresa de competencia del juez concursal en la resolución de los conflictos que pudieran presentarse, por remisión expresa al art. 64 LC.

Presentado el Plan, se abre plazo de quince días a los efectos de que, tanto el deudor como los acreedores concursales (art. 148.2) e igualmente los representantes de los trabajadores (art. 148.3), puedan formular propuestas de modificación sobre su contenido. De no formularse, el juez dictará auto aprobando el Plan, a cuyo texto se atenderán íntegramente las operaciones liquidatorias de la masa activa. En caso de presentarse propuestas de modificación, la administración concursal, en plazo de diez días, deberá informar al juez sobre las observaciones y modificaciones planteadas. Manda finalmente el apartado 4 del art. 148, como paso previo a la aprobación del Plan, el cumplimiento de los trámites previstos en el art. 64 para el caso de que su aprobación suponga la extinción o suspensión de contratos de laborales o la modificación de las condiciones de trabajo.

Por último el juez, según el interés del concurso, resolverá sobre la inclusión o rechazo de las modificaciones propuestas, mediante auto que apruebe el plan original, con o sin ellas, o mande seguir la liquidación con arreglo a las reglas legales supletorias del plan previstas en la Ley.

-

3.4. REGLAS SUPLETORIAS

Para el caso en que el Plan no resulte aprobado, previene la ley unas pautas de actuación (art. 149 y 150) con las que básicamente se pretende dar continuidad a la explotación o actividad desarrollada por el concursado, manteniendo en lo posible los puestos de trabajo y las condiciones de empleo, que se preconizan como un bien social a mantener. Por ello en todos

los casos en que las operaciones de liquidación supongan una efectiva extinción o suspensión de contratos laborales, o modificación en las condiciones de empleo, el juez, en virtud del art. 149.1.2ª, deberá llevar a cabo el trámite del art. 64 para garantizar las condiciones laborales de la liquidación.

Cumplido el trámite anterior, en su caso, se procederá a la efectiva enajenación, optando entre las siguientes alternativas:

A) Venta en bloque.

La primera regla (art. 149.1.1ª) recomienda la venta en bloque «como un todo» de las unidades productivas, disponiendo el apartado 2 del mismo artículo que en este caso si se mantiene la identidad de la entidad económica como conjunto organizado de medios se considerará a efectos laborales la existencia de continuidad en la empresa, y podrá el juez acordar que el adquirente no quede subrogado en la obligación de pago de los salarios o indemnizaciones asumida por el Fondo de Garantía Salarial según el art. 33 del Estatuto de los Trabajadores. También se autoriza expresamente en este caso el pacto de modificación de las condiciones colectivas de trabajo, entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, con el fin de asegurar la viabilidad de la explotación en manos de su nuevo propietario, todo ello con el fin obvio y reconocido de evitar la extinción de puestos de trabajo como consecuencia de la crisis empresarial, estimulándose así la adquisición conjunta de las unidades productivas que permita evitar la destrucción de empleo.

La enajenación en este caso se llevará a cabo mediante subasta y, de quedar desierta, como enajenación directa, fijándose plazo para la presentación de ofertas de compra de la empresa. Ordena aquí la Ley dar preferencia a las que garanticen la continuidad de la empresa y de los puestos de trabajo, así como la mayor satisfacción de los acreedores, y, en todo caso, con audiencia por el juez de los representantes de los trabajadores.

B) Venta de unidades productivas independientes.

En caso de que el juez, previo informe de la administración concursal y oídos los representantes de los trabajadores, lo considere más conveniente para el concurso, ordenará mediante auto la división patrimonial en unidades menores o incluso la venta aislada de todos o parte de sus elementos patrimoniales. En este caso las unidades productivas que puedan mantenerse separadamente funcionales se enajenarán como el conjunto anterior, mientras que el resto de bienes y derechos del concursado se enajenarán como elementos patrimoniales independientes, siguiendo las reglas del procedimiento de apremio de la LEC y según la naturaleza de cada uno de los bienes enajenados.

Cabe consignar que sobre los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se aplicará la regla del 155.4, que ordena la subasta como principio general, pero admite la venta directa, con autorización judicial, al oferente de un precio superior al mínimo pactado y pagado al contado, previa publicación de la oferta, e incluso pudiendo llegarse a la subastilla si fueren varios los oferentes.

En cuanto a los bienes y derechos litigiosos se autoriza expresamente (art. 150) su enajenación en tal concepto, con comunicación de ésta por los administradores al juzgado que entendiere del litigio, que producirá el efecto de sucesión procesal automática sin necesidad de personación del adquirente y sin oposición posible de la contraparte, quedando el comprador del bien litigioso a las resultas del litigio existente.

3.5. EL PAGO A LOS ACREEDORES

Dedica la Ley la Sección 4ª, art. 154 a 162, a regular ordenadamente el pago a los acreedores, una vez realizados los activos del concursado, incluyendo entre ellos los pagos a realizar por

créditos con privilegio especial, sin embargo éstos al realizarse directamente contra lo obtenido en la enajenación de los bienes que los garantizan sería más propio incluirlos entre las operaciones de liquidación que entre las de pago propiamente dicho, ya que de su cancelación se obtiene, en caso su valor exceda del crédito garantizado, el remanente que constituye la auténtica liquidez del concurso. En cualquier caso seguiremos en la exposición el orden previsto en la Ley.

-

3.5.1. Créditos contra la Masa

Manda la Ley (art. 154.1) a los administradores detraer de la masa activa en primer lugar los bienes y derechos necesarios para la atención de los créditos contra ella, que aparecen recogidos y clasificados en el art. 84.2. Estos créditos serán abonados a sus respectivos vencimientos, con lo cual son pagos realizados a lo largo del desarrollo del concurso y no específicamente en la fase de pago, con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial. Solo los no abonados con anterioridad quedarán pues para ser atendidos en este momento.

Consecuentemente se abonarán en lo posible a lo largo del concurso y conforme alcancen sus vencimientos. Terminado el líquido disponible, quedarán en espera hasta la liquidación, y de nuevo se atenderán por su orden con cargo a los bienes libres; finalmente los no atendidos por insuficiencia se pagarán con el remanente resultante después de realizarse los pagos de créditos con privilegio especial, ya que el art. 156 ordena atender el pago de los créditos con privilegio general una vez deducido lo necesario para atender todos los créditos contra la masa.

-

3.5.2. Créditos con privilegio especial

Enumerados en el art. 90, pueden como los anteriores ser atendidos a lo largo del concurso, sin aguarar a las operaciones de liquidación, y ello en virtud de tres autorizaciones legales expresas.

La primera aparece en el art. 155.2, que autoriza a los administradores a optar por atender el pago de estos créditos con cargo a la masa, sin realizar el bien que los garantiza y quedando éste desafectado de la garantía.

La segunda en el 155.3, al permitir, con autorización judicial, la venta del bien garante transmitiendo con él la carga, en que quedará subrogado el adquirente, excluyendo el crédito de la masa pasiva e incorporando a la activa el producto de la venta, todo ello *«incluso antes de la fase de liquidación»*. Cabe también la venta sin subrogación, si el juez no autoriza la anterior opción, cancelando el crédito con el producto de la misma e incorporando el remanente a la masa activa para atender los restantes créditos.

La tercera se contiene en el apartado 4 del mismo artículo al ordenar la venta de éstos *«en cualquier estado del concurso»* mediante subasta, salva la autorización anteriormente comentada de venta directa o subastilla.

Con todo ello se evidencia que en realidad la atención de estos créditos se producirá, con más frecuencia, con carácter previo a la fase de pago que dentro de ésta. Es ocioso señalar que el pago de estos créditos es individual y con cargo al bien que garantiza cada crédito, por lo que no existe orden ni prioridad entre ellos, sino atención individualizada. Cabe recordar que dentro de este grupo estarán los créditos con garantía real, cuyos intereses son los únicos que se continuarán devengando, por disposición de los art. 59.1 y 92.3º, hasta donde alcance la respectiva garantía y sin carácter de crédito subordinado.

Por último reseñar que los créditos de este tipo que no alcancen a ser cubiertos por su

correspondiente garantía, se sumarán a los créditos ordinarios para su satisfacción conjunta (art. 157.2).

-

3.5.3. Créditos con privilegio general

Su pago se efectuará, según ordena el art. 156, inmediatamente después de atendidos íntegramente los dos grupos anteriores. Revisten este carácter los recogidos en el art. 91, y serán atendidos por el orden establecido en el indicado artículo y en su caso a prorrata dentro de cada uno de los grupos si no hubiese remanente suficiente para su total cancelación.

-

3.5.4. Créditos ordinarios

Son los no clasificados expresamente en ninguna de las restantes categorías y se atenderán, con la parte no cubierta de los créditos con privilegio especial, a prorrata entre todos ellos en caso de que no haya remanente suficiente para su íntegro pago.

-

3.5.5. Créditos subordinados

La incorporación a este grupo se produce en virtud del art. 92, realizándose el pago una vez satisfechos íntegra y previamente los créditos ordinarios con arreglo al orden de los grupos establecidos en este artículo y a prorrata dentro de cada uno de ellos.

-

3.5.6. Créditos plurales

En el caso de que un mismo crédito esté reconocido en varios concursos, lógicamente no podrá excederse en el cobro múltiple del total adeudado. Cabe aquí, como control del exceso de pago, la retención por parte de la administración concursal de la cuantía a abonar en cada concurso hasta la presentación de certificaciones de las cantidades correspondientes en los restantes, comunicando además los pagos efectivamente realizados por cada uno.

-

4. LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO

La Ley Concursal regula la calificación y sus consecuencias en el Título VI, *De la calificación del concurso*, artículos 163 a 175. Hasta la *Ley 38/2011* la calificación aparecía definida como consecuencia directa de la liquidación en el art. 163, resultando también obligatoria en los supuestos en que el convenio establecía una espera superior a tres años o una quita superior al tercio de los créditos. El nuevo texto llega a la misma conclusión, si bien ahora el art. 163, ordena taxativamente y como principio general la calificación del concurso como fortuito o culpable aparentemente en todos los supuestos, para luego hacer excepción (art. 167) de los convenios en las condiciones antes indicadas, a no ser que resulten incumplidos posteriormente.

Cabe decir, por lo tanto, que la calificación es también una consecuencia directa de la apertura de la fase de liquidación, ya sea directa o por incumplimiento del convenio, si bien también se producirá en los casos de convenio insuficiente.

En cualquier caso, se aclara que la calificación mercantil del concurso no interfiere ni prejuzga la calificación de los hechos como delictivos, competencia exclusiva del orden penal, sin vincularse una a la otra.

-

4.1. CONCURSO CULPABLE Y FORTUITO

Los dos siguientes artículos se ocupan de los supuestos en que procederá la calificación como culpable, estableciéndose en primer lugar un principio general, que determina la culpabilidad (art. 164.1) y requiere prueba positiva de los hechos, pero estableciendo luego un doble

sistema de presunciones, de manera que, si se da el supuesto previsto en la ley, la calificación vendrá seguida de suyo, salvo demostración en contrario de la existencia de motivo o causa de exoneración para las presunciones «*iuris tantum*» establecidas (art. 165) o sin siquiera posibilidad de ello (art. 164.2) para las «*iuris et de iure*». El concurso fortuito se define así por exclusión, y lo será aquél en que no se hayan encontrado causas para la calificación como culpable.

El párrafo 1 del artículo 164 establece que el concurso será culpable si en la generación o agravación del estado de insolvencia se apreciase comportamiento doloso o culpa grave del deudor o, en caso de persona jurídica, de sus representantes, administradores, liquidadores y apoderados generales, tanto de presente como en los que hubieren desempeñado el cargo en los dos años anteriores a la declaración del concurso. Por su parte el artículo 172, regulador del contenido de la sentencia, especifica que ésta se pronunciará solamente sobre la calificación del concurso como culpable o fortuito y las causas en que se fundamente esta decisión.

Por lo tanto no se trata de un proceso o revisión general de la actuación del deudor, o su administrador, sino tan sólo de analizar las circunstancias que han concurrido en la generación de la insolvencia, o en su caso en la agravación de la misma, para determinar si en ellas y no en otros acontecimientos o decisiones, por relevantes que fueren para la vida de la sociedad, mientras no generen o agraven la insolvencia el administrador se ha producido con dolo o culpa grave. Se introduce además un límite temporal para el análisis de tales circunstancias, excluyéndose expresamente de la calificación los hechos acaecidos más de dos años antes de la declaración no de la solicitud de concurso.

No cabe pues aquí invocar otra norma ni consecuencia que no sean las atinentes a la causación o agravación del fallido, ni más causa de condena que el dolo o la culpa grave, en los términos de prueba plena y directa o constancia de los actos de los que la ley los deduce. No se trata pues de analizar los supuestos de responsabilidad del administrador dispuestos en la LSC, es decir del incumplimiento de los deberes del cargo, ni de los actos contrarios a la ley o a los estatutos o del incumplimiento del mandato legal de disolución de la sociedad, salvo que éstos hayan causado o agravado la insolvencia, hayan sido dolosos o mediado culpa grave y resulten incluidos en plazo.

La actuación meramente negligente o con culpa leve no merece la calificación del administrador como culpable del concurso, es objeto de un reproche legal diferente y no podrá ser juzgada ni sancionada en el procedimiento concursal por quedar claramente excluida de su ámbito de competencia. Quedará pues para su exigencia solamente la vía de la acción de responsabilidad de la LSC, según se dispone expresamente en el art. 48 *quáter* LC, que además atribuye tales acciones en exclusiva a la administración concursal una vez declarado el concurso y, hemos de entender, sólo durante la sustanciación de éste, ya que el art. 60.3 LC dispone la interrupción de la prescripción de estas acciones; luego podrán ser interpuestas por los legitimados habituales una vez concluido el concurso y sea cual fuere su resultado.

En el mismo sentido se deduce del art. 51 *bis* 1, al ordenar la suspensión y no el archivo de los procedimientos deducidos contra los administradores por incumplimiento de la obligación de disolver la sociedad, así como la inadmisión de causas nuevas por estos motivos (art. 50.2) presentadas desde la declaración del concurso hasta su conclusión, luego cabe su admisión una vez cerrada la tramitación concursal.

4.2. APRECIACIÓN DE LA CULPABILIDAD

Retomando el contenido de los artículos 164 y 165, encontramos la formulación de un

principio general de calificación del concurso culpable, seguido de dos sistemas de presunciones con diferente tratamiento: las primeras, *iuris et de iure*, no admiten prueba en contrario, mientras las segundas, *iuris tantum*, pueden ser objeto de la actividad probatoria del concursado, en su descargo, para evitar la declaración de culpabilidad.

Hay que aclarar ante todo la trascendencia de estas presunciones. La Ley no presume el hecho que da lugar a la culpabilidad, antes al contrario exige la prueba del hecho en sí, deberá por tanto probarse que el concursado en los dos años anteriores al concurso ha incurrido en uno o en varios de los comportamientos reprobados por la norma. Ahora bien, una vez probado el hecho, lo que la Ley sí presume es la intencionalidad defraudatoria del concursado al incurrir en el supuesto contemplado: se deduce del hecho probado el *animus* del sujeto al cometerlo; es decir que, sentado el hecho, la ley atribuye a su autor el dolo o la culpa grave sin necesidad de que se demuestre su concurrencia.

Lo que se presume pues es el dolo del deudor y su intención de eludir el pago de las deudas y es esta intención defraudatoria lo que la ley sanciona, extendiendo su reprobación hasta la casi equivalente culpa gravísima para evitar que, en términos de defensa, el dolo se enmascare de negligencia pretendiendo así reducir o atenuar la aplicación de la consecuencia legal prevista. Por ello se da un diferente tratamiento, como veremos, a comportamientos en los que para el legislador no cabe excusa ni pretexto alguno, presunciones *iuris et de iure*, mientras que en otros concede al deudor el beneficio de la duda, presunciones *iuris tantum*, pero le carga con la obligación de probar que en su comportamiento no existía doblez sino casualidad o simple negligencia. En el primer caso no admite explicaciones para el comportamiento, simplemente lo considera injustificable; en el segundo caso pide al concursado que explique, si le cabe, por qué incurrió en el hecho reprobado. Y si la justificación no es adecuada se rechazará su alegación y se tendrá por establecida la intención de defraudar a los acreedores.

4.2.1. Apreciación causal

El principio general (art. 164.1) supone la calificación como culpable del concurso en el que se llegue a apreciar dolo o culpa grave del deudor o de los administradores de la sociedad en su caso y con la extensión a los *de hecho* tanto sea en la generación cuanto en la agravación del estado de insolvencia.

No se trata pues de someter a juicio la actuación del administrador en lo referente a la gestión en términos generales, sino de determinar si las causas que han producido el fallido han sido generadas por actos u omisiones del administrador dolosos o gravemente culpables, o incluso si, no debiéndose directamente a éstos, de ellos se ha deducido la agravación de la situación. Esta referencia a la agravación de la insolvencia ha de traducirse directamente como deterioro de la situación patrimonial que haya provocado una mayor diferencia entre activo y pasivo, que no se hubiera producido de no mediar el acto o la omisión del supuesto culpable.

Estamos pues aquí y en primer lugar ante una imputación de dolo o culpa grave sujeta en su apreciación a las reglas de la responsabilidad causal, que requiere de la existencia de un acto u omisión o conjunto de actos u omisiones doloso o gravemente negligente por parte del administrador de la concursada, seguido de un daño consistente en el aumento o causación del desfase patrimonial, debiendo establecerse relación de causalidad plena entre acto y daño. Con más que no cabe la calificación de culpable si en el proceso se pusieren de manifiesto otras actuaciones imprudentes o incluso dolosas que no hubieren tenido como resultado la generación o agravación de la insolvencia, pues al no tener relación causal con ésta, que es lo que se somete a la consideración del juez, quedan excluidas de las cuestiones a considerar de cara a la calificación.

4.2.2. **Apreciación directa**

Tras la disposición general ya mencionada establece la Ley (ver art. 164.2) un conjunto de presunciones que no admiten prueba en contrario, de manera que, si se da el supuesto de hecho contemplado en el texto legal, la calificación de culpable se produce como consecuencia inevitable de la infracción, *en todo caso*, según establece la norma. Se trata pues de supuestos de apreciación directa de la culpa, deducida de la comisión del imputado de cualquiera de los hechos previstos en la ley.

Todas estas presunciones *iuris et de iure* presentan como elemento común que el hecho en que se fundamentan para acarrear la calificación de culpabilidad puede ser calificado sin ambages como indicio suficiente de dolo o grave negligencia, para cerrar el paso a las excusas basadas en la supuesta ignorancia o inintencionalidad de los hechos en que se basa la presunción concreta, evitando así los intentos de aparentar o probar una inocencia de por sí más que sospechosa. Basta una lectura somera de los supuestos que dan lugar a la presunción para determinar que los puntos esenciales de cada una de ellas son consecutivamente:

1. *Contabilidad inexistente, doble o falseada*. Un supuesto de negligencia gravísima y dos de dolo evidente.
2. *Falsedad o inexactitud grave en los documentos presentados durante el procedimiento concursal*. Nuevamente dolo o negligencia, tan grave que linda con éste, cualificados ambos por producirse en el mareo del procedimiento judicial, casi equivalente a las diversas modalidades del delito de falso testimonio (ver arts. 458 a 462 del Código Penal).
3. *Incumplimiento, imputable al concursado, de la solución convenida*. Es evidente el dolo cuando menos civil, ya que en el fondo se trata del incumplimiento consciente de una resolución judicial, pues este rango tiene el convenio aprobado por el juez (art. 130 LC).
4. *Alzamiento de bienes o artificio encaminado a impedir la ejecución patrimonial*. Dolo evidente que se confirma por la redacción del apartado, casi idéntica a la del tipo penal correspondiente (art. 257 CP).
5. *Salida fraudulenta de bienes del patrimonio del deudor en el período sospechoso de dos años*. Dolo palmario, que consiste en una versión más elaborada del simple alzamiento, aunque circunscrita al período establecido en la Ley para las acciones de reintegración en la masa (art. 71 LC).
6. *Simulación de situación patrimonial*. El dolo es aquí obvio pues la simulación solo puede ser voluntaria y obedece necesariamente a la intención de engañar a terceros sobre la situación real.

Si tenemos en cuenta la naturaleza descrita de los supuestos de hecho que acarrear la culpabilidad con presunción *iuris et de iure*, es evidente que la consecuencia legal de la presunción—apreciación deducida directamente del hecho proscrito—es de claro carácter sancionador de una conducta destinada de una u otra forma a la evasión del pago de sus deudas por el concursado, ya sea urdida personalmente por éste o por sus representantes legales o apoderados generales, participación que es imprescindible en el caso de las personas jurídicas.

4.2.3. **Apreciación objetiva**

Por último (art. 165) establece la Ley Concursal un tercer sistema de apreciación de la culpabilidad, sujeto a las reglas de la responsabilidad objetiva, ya que se parte de una presunción de culpa deducida de la presencia de un hecho concreto, pero que también permite al presunto culpable justificar su conducta para evitar la sanción. Recordemos que se debe

entender la presunción legal *iuris tantum* como encaminada a evitar la prueba la intencionalidad del hecho, y que se considera ésta existente salvo que se pueda justificar la actuación del presunto culpable.

De aquí que los tres supuestos afectados por la presunción *iuris tantum* tengan en común que, de ser intencionados, constituirían dolo sin duda alguna, pero que de no serlo no deben acarrear la consecuencia grave que la Ley les atribuye: la culpabilidad del concurso. Veamos cuales son los hechos que dan lugar a la presunción:

1. Incumplimiento del deber de solicitar el concurso. Es evidente que siendo un deber legalmente establecido (art. 5 LC), su incumplimiento intencionado ha de tener forzosamente una sanción, y la sanción atribuida es dar el carácter de culpabilidad al concurso, no existe otra en la ley. Sin embargo cabe el incumplimiento meramente negligente o afectado de culpa leve, que acarreando consecuencias igualmente las deberá conllevar más leves, o incluso cabe un incumplimiento justificado, que será necesariamente menos grave o incluso impedirá la consecuencia sancionadora.

Resulta evidente que es distinto infringir el plazo por desidia o mala intención que hacerlo por haber tomado la precaución previa de solicitar a la junta de socios pronunciamiento previo sobre la presentación del concurso o la ampliación de capital, y siendo el plazo de convocatoria para la junta de un mes se reduce sustancialmente el tiempo de reacción del administrador enfrentado a la situación, con lo que es comprensible y hasta diligente el retraso leve en la presentación de la solicitud voluntaria de concurso.

2. Incumplimiento del deber de colaboración con los órganos concursales. Más difícil de justificar que el anterior, pero en el que siempre cabe la posibilidad de cumplimiento imposible por desconocimiento, aunque éste en sí constituya negligencia, enfermedad, ausencia justificada, etc.

3. Ausencia de formulación, auditoría o depósito de las cuentas anuales. Es claro que si son intencionadas estas ausencias constituyen un grave incumplimiento, pero también cabe por ejemplo que el depósito no se realice por ser imposible. Así el caso de una hoja de registro cerrada por causas imputables a un administrador anterior: el registro aquí estaría obligado a inscribir al nuevo administrador, pero negaría el depósito de cuentas y cualquier otra inscripción (art. 378.1 RRM), salvo las relativas a revocación de poderes, disolución de la sociedad y nombramiento de liquidadores o inscripciones que hayan de practicarse por orden judicial o administrativa. En situación similar se encontraría el administrador que al asumir el cargo comprueba la ausencia de auditorías obligatorias en años anteriores, que hacen imposible el depósito y requieren de un plazo extenso para su subsanación. En ambos casos el administrador de presente estaría pagando las consecuencias de la negligencia del o los anteriores. Cabe pues su incumplimiento involuntario y susceptible de inequívoca prueba en juicio.

En cualquiera de estos tres supuestos es posible alguna justificación de los hechos, por débil que llegue a ser. De ahí que la ley establezca un sistema de determinación objetiva de la responsabilidad: si se ha incurrido en cualquiera de ellos el concursado es en principio culpable, pero le cabe proponer las justificaciones que le puedan asistir y el juez decidirá si son adecuadas y en qué grado, determinando o no la culpabilidad y adecuando la sanción consecuente con la culpabilidad al grado de la misma que determine. Consecuentemente lo que no debe haber es la aplicación automática de la sanción, sino al contrario: lo será convenientemente razonada.

Ninguna de las tres situaciones es por sí misma —si lo eran claramente las que dan lugar a las presunciones *iuris et de iure*— susceptible de provocar un daño a los acreedores o la causación

o el agravamiento de la insolvencia. Como carece de sentido que la ley establezca una responsabilidad de naturaleza resarcitoria que sería inaplicable en sí misma por la ausencia de daño a indemnizar, forzoso resulta concluir que la naturaleza de la norma del 172 es sancionadora, aunque para establecer el supuesto de hecho que acarrea la sanción se puedan recorrer tres vías alternativas, la una causal, por apreciación directa del hecho la segunda y objetiva la tercera.

Podemos pues establecer que a la calificación de culpabilidad del concursado, o de sus colaboradores, se llega por tres itinerarios, pero que los tres, de concretarse, desembocan en una misma consecuencia y ésta es la contenida en los artículos 172 y 172bis: se soportará la sanción consistente en la inhabilitación, la pérdida de derechos legítimos y, en su caso, la obligación de cubrir en todo o en parte el desequilibrio patrimonial.

4.3. CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA DE CULPABILIDAD

Las consecuencias de la declaración de culpabilidad en el concurso vienen establecidas en los artículos 172 y 172bis LC. El primero de ellos, al regular el contenido de la sentencia, recoge los pronunciamientos que forzosamente habrán de ser precisados en ella. Así, exige en su apartado 1 la expresión de los fundamentos y razones que han llevado al juez a su pronunciamiento de culpabilidad; en el apartado 2 relaciona los pronunciamientos generales a determinar en todo caso y en el apartado 3 recoge como última decisión la posibilidad de condenar a los cómplices no acreedores a la indemnización de los daños causados, quedando el 4 para legitimar como apelantes de la resolución a quienes hayan sido parte en la sección de calificación.

Por su parte el art. 172bis establece la extensión de la responsabilidad patrimonial en los concursos culpables, en los supuestos de apertura de la fase de liquidación. La sentencia contendrá así dos diferentes pronunciamientos, atendiendo a la mayor gravedad que la ley presupone para los supuestos en que el concurso deba resolverse por liquidación frente a los supuestamente menos graves según el espíritu de la ley, aunque no necesariamente sea así en los que finalmente se haya alcanzado convenio.

4.3.1. Contenido de la sentencia

En el orden establecido por la ley, son tratadas en primer lugar las consecuencias menos graves, que se aplican en común a los concursos calificados como culpables y resueltos tanto mediante convenio como por liquidación. Así el apartado 2 del artículo 172 enumera en tres subapartados las consecuencias que la declaración de culpabilidad deparará a las *personas afectadas* por la misma, según la propia terminología legal, y a los cómplices.

Se dedica el primero de ellos a la determinación de estas *personas afectadas*, eufemismo utilizado para resumir en él la posible variedad de sujetos declarados culpables: el concursado y, si fuese persona jurídica, sus administradores y liquidadores de hecho y de derecho, los apoderados generales y asimismo quienes hubieran ostentado tales cargos en los dos años anteriores a la declaración del concurso, todos ellos como causantes directos del concurso culpable. Se reitera aquí la enumeración ya contenida en el art. 164.1 LC.

Debe la sentencia en este punto no sólo enumerar e identificar a cada uno de los declarados culpables, sino además especificar, según el apartado primero del artículo, y fundamentar las causas de tal declaración y el concepto en que se le imputa la responsabilidad.

Indudablemente no presenta problema la imputación en caso de ser administradores o liquidadores de derecho, pues constará su cargo inscrito. En estos casos bastará con la identificación y la constatación de la inscripción, junto con la especificación conforme a lo

dispuesto en los artículos 164 y 165 del hecho concreto o la presunción legal de culpabilidad, y el análisis en su caso de las causas de exoneración que pudieren concurrir y probarse. Mayores dificultades plantea la imputación de culpabilidad a los que ejercen de hecho los cargos, pues a lo anterior deberá añadirse la fundamentación de las causas por las que se les atribuye el ejercicio irregular del cargo *la sentencia deberá motivar la atribución de tal condición*. En cuanto a los cómplices se atribuirá tal condición (art. 166 LC) a los *cooperadores con dolo o culpa grave* del autor del acto u omisión que haya motivado la calificación de culpable.

4.3.2. Consecuencias personales: inhabilitación

Determinadas las personas afectadas y razonada su implicación en los hechos que provocan la calificación del concurso como culpable, se establecen (art. 172.2.2º LC) las consecuencias de carácter personal, consistentes en *la inhabilitación de los afectados para administrar bienes ajenos o representar o administrar a cualquier persona*, que se extenderá durante un período de entre dos y quince años, a determinar por el juez fundamentando su decisión sobre la extensión del plazo en un doble criterio, ya que habrá de tener en cuenta tanto la gravedad de los hechos considerada objetivamente como el importe de los perjuicios causados. A estas consideraciones del texto inicial de la LC, la *Ley 38/2011* ha añadido la reincidencia en la culpabilidad, si los afectados ya hubiesen sido declarados culpables en anteriores procesos concursales, matizándose que en casos de reiteración de culpabilidad la inhabilitación total se extenderá a la suma de las parciales, pudiendo así excederse así de los quince años. Se trata aquí indudablemente de la imposición de una pena o sanción civil, por la que se aparta al deudor doloso o gravemente imprudente de la posibilidad de administrar o representar a terceros.

4.3.3. Consecuencias patrimoniales

Siguen las consecuencias patrimoniales en el núm. 3 del apartado 2 del artículo 172, y encontramos tres consecuencias de dos tipos diferentes. En primer lugar se dispone la pérdida de los derechos que los afectados y, en su caso, los cómplices tuviesen como acreedores concursales o de la masa; es decir que se les sanciona también económicamente, con la pérdida de los derechos que ostentasen legítimamente sobre el patrimonio concursal, tanto por tratarse de créditos legítimos contraídos directamente como, por ejemplo, otros indirectos procedentes del pago de obligaciones en que el administrador haya resultado deudor solidario con la sociedad y haya satisfecho el crédito, inscribiéndose luego en la masa. Los derechos ilegítimos o simulados serían fundamento de la declaración de culpabilidad y en consecuencia habrán sido, se supone, desenmascarados y anulados con anterioridad. Estamos ante otra sanción, ya que no se puede reconocer valor resarcitorio, sino necesariamente sancionador, a la privación de derechos que siendo legítimos se pierden como consecuencia del dolo o culpa grave en que se ha incurrido en otro acto.

La segunda consecuencia económica viene derivada de la anterior, de la que es complemento necesario, casi podríamos decir que tiene el valor de ejecución de la pérdida de los derechos, ya que consiste en la obligación, o *condena*, de devolver a la masa los *bienes o derechos obtenidos indebidamente*. El término utilizado parece asumir un doble valor, alcanzando tanto a los bienes y derechos que se perebieron legítimamente, pero resultan indebidamente entregados tras la condena a perderlos, como también a los que les debieran ser devueltos, si los hay, como consecuencia de la nulidad del negocio simulado.

Estamos también aquí ante una norma sancionadora, pues no hay resarcimiento del deudor en

la privación de derechos al culpable. Puede ser resarcitoria la intención, si la ley pretende que con ellos se complete el activo a repartir entre los acreedores, pero indudablemente es sancionador el concepto de pérdida de derechos que eran legítimos, máxime cuando ni siquiera se limita la devolución de bienes a los precisos para cubrir totalmente el pasivo, lo que descarta definitivamente el carácter meramente resarcitorio de la norma.

La tercera consecuencia económica se expresa en la coetilla final *así como a indemnizar los daños y perjuicios causados*. Es la única expresión en todo el artículo 172 a la que puede darse un valor meramente resarcitorio, y de hecho es la base de las interpretaciones que pretenden dar a la responsabilidad concursal el carácter de resarcitoria y negarle el de sancionadora. De cualquier modo no debe bastar esta expresión final para calificar de mera y esencialmente resarcitoria la totalidad de la norma, pues si sólo fuese ésta su intención se habría establecido la indemnización de los daños como límite máximo de la pena impuesta de pérdida de los derechos, cosa que no hace la ley.

-

4.3.4. Extensión de la responsabilidad patrimonial en el Concurso

Finalmente, dispone el art. 172bis la extensión de la responsabilidad patrimonial del concurso, de persona jurídica, a los patrimonios personales de los declarados culpables, si bien tal extensión se restringe a los supuestos de liquidación y quedan excluidos los casos de convenio. La exclusión es lógica, ya que por producir el convenio un efecto remisorio de los créditos, en la parte que hayan aceptado reducir los acreedores, resulta imposible la condena a cubrir derechos económicos a los que sus propios titulares han renunciado, al aceptar y aprobar el convenio.

Esta posibilidad de extender la responsabilidad patrimonial queda pues sólo reservada para los casos de liquidación, añadiendo a las consecuencias antes expuestas la posibilidad de una condena para los culpables consistente en la cobertura total o parcial del déficit patrimonial. Queda a la decisión judicial el alcance de la sanción, ya que la LC dice *el juez podrá condenar*, es de suponer que en atención al doble criterio de la gravedad de los hechos y el montante total del descubierto.

Debe además precisarse el alcance individual de la condena, concretando las cuantías independientes, en los casos en que resulten varios los condenados, atendiéndose a la participación de cada uno de los implicados en los hechos en que se fundamenta la culpabilidad.

-

5. CONCLUSIÓN Y REAPERTURA DEL CONCURSO

El Concurso de Acreedores finaliza mediante Auto de Conclusión emitido por el juez actuante, una vez concluidas las diversas fases de su tramitación. No obstante hay situaciones excepcionales, en las que el procedimiento se cierra sin desarrollarse por completo, así como circunstancias que producen su reapertura.

-

5.1. CONCLUSIÓN DEL CONCURSO

La conclusión natural del Concurso de Acreedores se alcanza cuando el procedimiento ha cumplido su finalidad solutoria hasta donde resulte posible, ya sea mediante convenio o liquidación. Sin embargo, junto a estas soluciones, la LC prevé otros casos en los que, por diferentes motivos, el procedimiento no llega a completarse, ya sea por innecesario, al producirse el pago, o por devenir imposible su objeto, supuesto en que la masa activa no alcanza siquiera a cubrir las deudas de la masa, es decir que se produce la «insolvencia del concurso»:

La enumeración de las causas viene recogida en el art. 176.1 LC, si bien podemos reorganizar las recogidas en el texto legal, agrupándolas por su naturaleza. Así el concurso terminará por causas ordinarias (Convenio o Liquidación) por improcedencia (Revocación, Pago y Desistimiento) o finalmente por Insolvencia del procedimiento.

En cuanto a las causas ordinarias, nada cabe añadir, pues han sido ya plenamente analizadas, salvo la necesidad del Auto Judicial que declare el cumplimiento del convenio o la finalización de la fase de liquidación por agotamiento de la masa activa, aún sin atender la totalidad de los créditos por insuficiencia de ésta. Hay que añadir a estos supuestos el firmeza de la sentencia que rechaza la declaración de incumplimiento del convenio, ya sea por caducidad del recurso contra la misma o por resultar éste rechazado por la Audiencia (art. 176.1.2º LC).

5.1.1. Conclusión por improcedencia del Concurso

La Revocación (art. 176.1.1º LC) se produce en el supuesto en que, declarado el Concurso por el Juzgado de lo Mercantil, sea apelada la declaración y revocada por la Audiencia Provincial. Aunque incluida entre las causas de conclusión por la Ley, se trata más propiamente de un supuesto de inadmisión, ya que la consecuencia será la inexistencia formal del procedimiento por su incorrecta apertura, con obligación además de que en la sentencia de la apelación habrá de pronunciarse necesariamente sobre las consecuencias de los efectos que el concurso haya producido transitoriamente; igualmente cabe el pronunciamiento sobre la responsabilidad del o los acreedores instantes del procedimiento.

Procederá el archivo del procedimiento cuando, en cualquier estado del mismo, se llegase a constatar el Pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos (art. 176.1.4º), o si se llegase a producir la satisfacción de todos los créditos por cualquier otro medio extrajudicial o a comprobar que ha finalizado la situación de insolvencia.

Lo mismo sucederá con el Desistimiento o renuncia por parte de los acreedores, si bien la resolución que lo acepte no podrá dictarse hasta que haya finalizado la fase común, es decir pueda comprobarse la renuncia de la totalidad de los acreedores inscritos (art. 176.1.5º). En ambos casos será preciso Auto Judicial que ordene el archivo de las actuaciones (art. 176.2), previo informe de la Administración concursal, tramitándose como incidente concursal la oposición previa, si se produjese dentro del plazo de quince días establecido al efecto.

5.1.2. Conclusión por insolvencia del Concurso

Radicalmente distinto a los anteriores es el supuesto de insolvencia del concurso, recogido en el art. 176.1.3º como causa de conclusión, pero cuyas consecuencias no se regularon en la LC de 2003 y han sido introducida por la Ley 38/2011 en el nuevo art. 176bis. Se produce aquí la situación en que la masa activa es tan limitada que no alcanza siquiera a cubrir las deudas de la masa, con lo que resultaría imposible atender los créditos concursales, estamos en la práctica ante un concurso insolvente, ya que no puede atender siquiera los costes del procedimiento en sí mismo.

La Ley opta por establecer para estos supuestos un orden de pago concreto, ya que es imposible atender las deudas de la masa «a su vencimiento» como ordena el art. 84.3 LC. El orden de pagos aplicable a la situación de insolvencia del concurso se establece en el art. 176bis.2: se comenzará con el abono de los créditos salariales, tanto de los reconocidos como deudas contra la masa es decir el privilegio establecido por el Estatuto de los Trabajadores para los salarios de los últimos treinta días, sin superar el doble del salario mínimo como los reconocidos con privilegio general, es decir limitados al triple del salario mínimo en los

salarios propiamente dichos, y calculadas con esta base si se trata de indemnizaciones. A continuación se atenderán los créditos por alimentos mínimos del art. 145.2, sin superar el salario mínimo, y atendidos éstos lo serán las costas y gastos propios del procedimiento concursal y finalmente los restantes créditos contra la masa, hasta donde ésta alcance. Por tratarse de una solución excepcional ante la situación de insuficiencia patrimonial extrema, debe además acreditarse que no cabe la extensión del concurso a los patrimonios de terceros, es decir que el concurso no será declarado culpable; para ello se exige un informe especial de los administradores concursales que excluya totalmente tanto la posibilidad de declarar culpable el concurso como la existencia de acciones de reintegración utilizables (art. 176bis.3 LC). Constante el informe, se dictará el Auto de conclusión del concurso, tras su exposición a las partes durante quince días y la tramitación del incidente concursal correspondiente si se formulase oposición previa.

En aras de la economía procesal, la ley establece también la posibilidad de dictar la Conclusión del concurso simultáneamente con su Apertura y en el mismo Auto (art. 176bis.4) en caso de que el juez estime ya en ese momento tanto la insuficiencia de la masa para cubrir los créditos derivados del procedimiento como la inexistencia de posibilidad de reintegración de bienes a la masa y de extender la responsabilidad patrimonial a terceros.

-

5.1.3. Efectos de la Conclusión del Concurso

La Conclusión del Concurso tiene como lógica consecuencia el levantamiento de todas las medidas personales limitadoras impuestas al concursado o sus administradores y representantes, con la lógica excepción de las impuestas como sanción en el caso de culpabilidad.

En cuanto a los efectos patrimoniales, deben distinguirse tres posibilidades diferentes entre los efectos de la conclusión. En el caso de conclusión por convenio, se produce efecto remisorio pleno de las quitas realizadas, con lo que cumplido el acuerdo no quedará pendiente deuda alguna del concursado.

Sin embargo en los supuestos de liquidación –si no se alcanza a cubrir la totalidad de los créditos– o de insuficiencia de masa activa, el concursado persona física quedará responsable del déficit patrimonial y los acreedores no satisfechos en libertad de iniciar con posterioridad las medidas de ejecución singular que les asistan. Si con posterioridad se declarase nuevo concurso de acreedores sobre el concursado, los créditos reconocidos y no satisfechos en el primer concurso tendrán, de cara a su inclusión en el segundo, el carácter de reconocidos por sentencia firme (art. 178.2 LC).

Si en los mismos supuestos se trata de persona jurídica, la conclusión del concurso acarrea la extinción de la personalidad, debiendo comunicarse por mandamiento judicial a los registros correspondientes para la cancelación de las hojas registrales correspondientes.

-

5.2. REAPERTURA DEL CONCURSO

Concluido y archivado el procedimiento, es aún posible su reapertura, en diferentes situaciones, según sea el concursado persona física o jurídica.

-

5.2.1. Persona física

Dispone la ley que si una persona física fuese declarada en concurso por segunda vez, dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del primero que le hubiese sido abierto, si éste hubiese concluido por liquidación o insuficiencia de masa, se entenderán ambos concursos como uno sólo, considerándose el segundo reapertura del primero. Sin embargo no se actuará,

como parece lógico, reabriéndose el inicial y con competencia del juzgado que tramitó el primer concurso, sino que el juez del segundo traerá e incorporará a estos autos todo lo actuado con anterioridad (art. 179.1 LC).

Consecuentemente todas las deudas que hubiesen quedado sin atender en el primer procedimiento se mantendrán vivas en el segundo si no hubiesen sido satisfechas en el intervalo con valor de reconocidas en sentencia firme según dispone el art. 178.2 LC.

Parece existir en la norma una evidente contradicción al ser reapertura pero tramitarse en juzgado distinto, cuando parece que sería más coherente la continuidad en el primer juzgado interviniente; sin embargo cabe considerar que la posibilidad de cambio de domicilio del deudor en el indicado lapso de tiempo, que acarrearía el cambio de competencia territorial, hace más aconsejable la tramitación en el juzgado correspondiente al segundo domicilio. En cualquier caso, parece innecesaria la calificación de reapertura, dado que el reconocimiento de las deudas pendientes del primer concurso ya está previsto en el art. 178.2 LC.

5.2.2. Persona jurídica

Si estamos ante una auténtica reapertura en el caso de persona jurídica, con competencia del mismo juzgado actuante. Se prevé aquí cuando el concurso se haya declarado concluido tras la liquidación o por insuficiencia de masa pasiva, a pesar de haberse inscrito la extinción de la sociedad ya que precisamente por ello sería imposible la apertura de un nuevo concurso. En este supuesto sí estamos ante una auténtica reapertura del procedimiento concluido, con competencia del mismo juzgado actuante.

Procederá la reapertura en dos supuestos diferentes. El primero de ellos en caso de haberse tramitado liquidación ordinaria, si con posterioridad a la conclusión aparecieran bienes y derechos ignorados durante la tramitación original (art. 179.2). El segundo supuesto, en caso de insuficiencia de masa, procederá a petición de los acreedores dentro del año siguiente al auto de conclusión; la petición deberá relacionar los bienes y derechos que se hubiesen omitido en la tramitación inicial, las acciones de reintegración que no se hubiesen actuado y resultaren procedentes y, en su caso, las razones para declarar la culpabilidad del concurso, si no se hubiese procedido a la calificación, en las que se pueda fundamentar la extensión de la responsabilidad patrimonial a los supuestos culpables (art. 179.3 LC).

Reanudado el procedimiento, se procederá a la reapertura de la hoja registral (art. 179.2 LC) revitalizando la sociedad cuando menos durante la tramitación, que se limitará en exclusiva a la continuidad de la fase de liquidación, abonándose los créditos aún pendientes por su orden y hasta el agotamiento de la nueva masa incorporada a los autos. Para proceder a esta liquidación complementaria, los administradores dispondrán de un plazo de dos meses para la actualización de las masas activa y pasiva, eliminando los créditos ya atendidos, incorporando los nuevos bienes y revisando en su caso las valoraciones (art. 180 LC).

Sin duda en todos los supuestos de reapertura cabrá cuando menos la sospecha sobre el desempeño diligente de las funciones de los administradores concursales, por omitirse en la tramitación original la inclusión de bienes, derechos, acciones de reintegración o fundamentos para establecer la culpabilidad del concurso y la extensión de responsabilidad. Por ello dispone la ley en estos casos una rendición de cuentas especial por parte de los administradores (art. 181 LC), en la que justificarán los actos realizados durante el procedimiento e informarán de las nuevas actuaciones.

Esta rendición de cuentas deberá ser sometida a aprobación por el juez, previa audiencia para oposición tanto del deudor como de los acreedores. De no existir oposición las cuentas se declararán aprobadas en el nuevo auto de conclusión; si la hubiese se tramitará como

incidente concursal, pronunciándose el juez definitivamente.

La desaprobación de las cuentas será indicio, pero no constatación, de administración negligente, por lo que tendrá consecuencias personales, pero no patrimoniales, para los administradores concursales, quienes podrán ser inhabilitados por el juez para nuevo nombramiento por un período mínimo de seis meses, y sin exceder de los dos años. Para la declaración de responsabilidad patrimonial de los administradores deberá en todo caso presentarse la pertinente acción de responsabilidad.

CASO PRÁCTICO

format:sangrado:izq

El Juzgado de lo Mercantil núm. 1, mediante Auto de Declaración en Concurso de fecha 31 de mayo de 2012, le ha nombrado a Vd. Administrador Concursal/Economista (se supone su acreditación suficiente) en el procedimiento instado por «La Saca, S.A.» contra su deudor «Inoperantes S.L.», cuyo Administrador y socio Único es D. Perfecto Consentido Ignaro.

format:sangrado:izq

En el patrimonio de la concursada figuran los siguientes derechos y obligaciones:

format:sangrado:izq

1º Local comercial, sede de la sociedad, adquirido 10 años antes, íntegramente pagado y afectado por una hipoteca constituida en fecha 30 de junio de 2006 en favor de «Banca Ríos, SA», como garantía de un préstamo por importe de 250.000 Eur perfeccionado en fecha 30 de marzo de 2000 y vencido e impagado en 30 de marzo de 2011, con un tipo de interés convencional del 6% anual, penal de 12%, y del que no se ha devuelto cantidad alguna en concepto de principal ni de intereses.

format:sangrado:izq

2º Sobre el mismo local pesa una segunda hipoteca, a favor de la entidad «Credibus», constituida en garantía de un segundo crédito de 150.000Eur perfeccionado el día 30 de junio de 2009 por plazo de dos años y con los mismos tipos de interés que el anterior.

format:sangrado:izq

3º Se adeuda a los trabajadores el importe completo de las cuatro últimas nóminas previas al concurso, por un importe de 15.000Eur. cada mensualidad, como vd puede comprobar en los documentos laborales ningún trabajador tiene un salario superior a dos veces el mínimo interprofesional.

format:sangrado:izq

4º Al acreedor «La Saca, SA» se le adeudan 40.000 Eur en concepto de mercancías suministradas y no abonadas.

format:sangrado:izq

5º A don Inocencio Feliz, cuñado de D. Perfecto Consentido, se le adeudan 50.000 Eur en concepto de préstamo, según consta en documento privado de fecha 5 de febrero de 2006.

format:sangrado:izq

6º Se adeudan a la Seguridad Social las cotizaciones de los últimos cuatro meses, a razón de 4.500 Eur. por mes de cuota patronal y 900 Eur mensuales de cuotas obreras.

format:sangrado:izq

7º Se adeuda a la Hacienda Pública, en concepto de retenciones por IRPF no ingresadas de los últimos seis meses, un total de 15.000 Eur, habiendo recaído sanción por falta de pago por importe total de otros 35.000 Eur.

format:sangrado:izq

8º Se adeuda igualmente a la Hacienda Pública el importe de 10.000 Eur en concepto de cuota

tributaria por el Impuesto de Sociedades de varios ejercicios anteriores a 2009, sobre cuyo importe ha recaído además sanción no recurrida por importe de 30.000 Eur.

format:sangrado:izq

9º En concepto de deudas por operaciones comerciales se adeuda a diversos acreedores un total de 400.000Eur.

format:sangrado:izq

10º A D. Martín Galas se le vendió un local de la sociedad en enero de 2009, por importe de 330.000Eur íntegramente cobrados en efectivo, cuya valoración actual sería de 397.000Eur.

format:sangrado:izq

11º A Dª Martirio Bar Baró se le adeudan 18.000Eur en concepto de indemnización por las lesiones que se le causaron en un accidente provocado por el empleado D. Saturnino

format:sangrado:izq

12º En existencias figuran 350.000 Eur, correspondientes a mercancías adquiridas a D. Basilio Trapa Cero en diciembre de 2010, íntegramente abonadas a su entrega en el mismo mes. Sin embargo, a su solicitud, estas mercancías se valoran por perito en 8.000Eur debido a su obsolescencia, pues corresponden a una partida de ordenadores fabricados en 1996.

format:sangrado:izq

El valor de realización del inmueble hipotecado alcanza en subasta los 380.000Eur. Además la entidad ostenta créditos contra terceros por valor de 250.000Eur, que resultan íntegramente cobrados, y tiene en diversos depósitos bancarios la cantidad de 125.000Eur.

format:sangrado:izq

Elabore su informe razonado como Administrador Concursal, rechazando, ordenando y clasificando los créditos conforme a Ley; proponga las medidas de reintegración que considere oportunas, califique el concurso de la entidad, ya que no se ha alcanzado convenio, ejerza en su caso las acciones pertinentes por responsabilidad y proceda a la liquidación del patrimonio de la concursada:

-

BIBLIOGRAFÍA

format:sangrado:fran

BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «En torno a la "naturaleza" de la responsabilidad concursal», *ADCo*, núm. 14, págs. 329 y ss., 2008.

format:sangrado:fran

DE LA CUESTA, *El convenio concursal. Comentarios a los artículos 98 a 141 de la Ley Concursal*, Cizur Menor, 2004.

format:sangrado:fran

DÍAZ MORENO, «La articulación de las fases de convenio y liquidación en el concurso de acreedores», *ADCo*, núm. 8, págs. 7 y ss., 2006.

format:sangrado:fran

MACHADO, *El concurso de acreedores culpable (calificación y responsabilidad concursal)*, Cizur Menor, 2006.

format:sangrado:fran

MONTÓN y MARTÍNEZ PEREDA, «La calificación del concurso», *La Ley*, núm. 6060, 13 de julio de 2004.

format:sangrado:fran

URÍA, R. y MENÉNDEZ, A. (Directores), *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, 2ª edición, Madrid, 2006.