

b) COMUNICACIONES

**UN EXAMEN DE LAS MODIFICACIONES
QUE LA LEY 19/1989 INTRODUCE EN
LA CONSTITUCIÓN DE UNA S. A.**

Del Académico Numerario

EXCMO. SR. DR. D. JOSEP M. PUIG SALELLAS (1)

El objetivo de esta comunicación a la Academia de Ciencias Económicas y Financieras es el de examinar la incidencia que en la reforma de la legislación mercantil, en especial por lo que se refiere a la S.A., aporta la Ley 19/1989, de 25 de julio, llamada más exactamente de la reforma parcial y de la adecuación de la legislación mercantil a las Directrices de la Comunidad Económica Europea (CEE), en materia de Sociedades. Cabe reconocer que se redactan estas notas en un momento en cierto modo previo, ya que está pendiente de publicarse el decreto legislativo que, de acuerdo con la disposición final 1ª de la ley, tiene que refundir el texto de la LSA y sólo se conoce un anteproyecto del Reglamento del Registro Mercantil que, según la disposición final 4ª de la misma ley, tiene que redactar el gobierno.

I.- LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN

La incidencia de la nueva situación legislativa, en lo que se refiere a la redacción de la escritura constitutiva, aparece en el nuevo artículo 8 de la LSA, que sustituye al texto del anterior artículo 11. Examinaré en seguida los cambios más notables.

1. Los fundadores

El primer requisito a que alude el artículo 8 se refiere a las circunstancias personales de los fundadores.

(1) Traducción del original catalán.

Propiamente no existe ninguna particularidad en relación al sistema anterior, por lo que se refiere a la comparecencia estricta de los fundadores, como, por otra parte, es lógico, y además, cuando se constituye una S.A., después de la reforma siguen siendo necesarios tres socios fundadores. Así se desprende del nuevo artículo 12.1, pero con una excepción: "se exceptúa de lo dispuesto en el apartado anterior (es decir, de la exigencia de al menos tres fundadores) las Sociedades constituidas por el Estado, Comunidades Autónomas o Corporaciones Locales, o por organismos o entidades de ellos dependientes".

Cabe afirmar que en un momento del proceso reformador, se extendía la posibilidad de constitución unipersonal a todas las personas jurídicas, con un planteamiento por cierto más realista, que hacía innecesaria la ficción, no excepcional en la práctica, de la sociedad que constituye otra dependiente, asumiendo aquella todas las acciones menos dos, que suscriben los testaferros. Esta idea fracasó, entre otras razones porque aquella posibilidad implicaba en el texto que lo preveía, la supresión de la limitación de la responsabilidad. Aunque, aparte de esto, es preciso reconocer que la figura del testaferro ahora la ley la trata con carácter general en el artículo 42.3, donde afirma la responsabilidad solidaria de los verdaderos fundadores, en relación al reembolso de las acciones suscritas.

Es evidente que el hecho que en el momento fundacional sean necesarios tres socios, no implica una alteración en el trato que actualmente experimenta la reunión posterior de todas las acciones en un accionista solo. Por otro lado la exigencia de tres fundadores la ley la fija sólo en el caso de la fundación simultánea. O sea que la ley no hace ninguna manifestación al respecto en el caso de la fundación sucesiva en que, evidentemente desde un punto de vista teórico, aunque la regulación legal hable de suscriptores en plural, no se desecha la hipótesis, aunque teórica, de un único fundador.

Hay todavía una cuestión más interesante que plantearse referente a la fundación. La ley ahora en el artículo 31 regula la nulidad de la sociedad y prevé las siguientes hipótesis:

- a) La ilicitud u oposición del objeto social al orden público.
- b) La omisión de expresiones fundamentales a la escritura de constitución que especifica el precepto.
- c) La incapacidad de todos los fundadores.
- d) La no concurrencia en el acto constitutivo, de la voluntad efectiva de por lo menos dos socios fundadores.

Me interesan, ahora, los dos últimos casos. Así pues, el primero (incapacidad de todos los fundadores) nos ofrece una solución para el caso recientemente planteado en Barcelona, con la declaración del T.S. de la nulidad del acuerdo municipal de constituir la sociedad Iniciatives, S.A., en especial porque esta nulidad afecta las sociedades promovidas por aquella. Es decir, de acuerdo con la nueva regulación, la constitución de las sociedades promovidas por Iniciatives, S.A. no es nula, no obstante el defecto fundamental existente en la emisión de la voluntad constitutiva por parte de la mencionada sociedad municipal, ya que la incapacidad no afecta a todos los fundadores. Pues bien, sentado este criterio, ¿cual es la situación que se produce en relación a las acciones suscritas por el fundador incapaz, en nuestro ejemplo, por Iniciatives, S.A.?

La solución más sencilla es evidentemente el reembolso de la aportación, con la correspondiente reducción de capital, con lo cual resulta que, "de facto", en este caso, si los fundadores iniciales sólo eran tres, al final resulta una fundación eficaz con sólo dos socios. La otra solución sería la adquisición por la sociedad, de las acciones afectadas, en la forma autorizada en los artículos 42 -a, 42 -b y 43 de la ley.

Según el primero de estos tres artículos, si así lo acuerda la Junta General, si las acciones por adquirir no exceden del diez por cien del capital social, están totalmente desembolsadas y se establece una reserva indisponible equivalente al pasivo, es posible aquella adquisición y no es menester proceder a la amortización de las acciones. No será necesario, por tanto, reducir el capital social, con lo cual resulta evidente que la nueva legislación admite de hecho la autocartera hasta el límite del diez por cien. Por el contrario la amortización será necesaria si la adquisición de las acciones propias no reúne los requisitos que establece el artículo 42 -b.

Todo esto por lo que se refiere a la nulidad por incapacidad de los fundadores. Sin embargo la ley prevé asimismo como hipótesis de nulidad la inexistencia, en el acto constitutivo, de dos voluntades efectivas como mínimo. ¿Quiere esto decir, pues, que no sería posible la constitución de una sociedad con la comparecencia de una sola persona con poderes de los otros fundadores? Se trataría de una toma de posición injustificada y, por lo tanto, no creo que ésta fuera la voluntad del legislador.

En este sentido es instructivo el hecho que el artículo 11 de la Primera Directiva, que se ocupa de este aspecto de nulidad, no hace ninguna referencia a esta hipótesis. Por lo tanto la ley estará refiriéndose, sin mencionarlo, al caso de nulidad por incapacidad de todos los fundadores menos

uno. Así pues se trata de evitar que, mediante una hipótesis concreta, llegara a ser posible, más allá de la constitución de las instituciones, la creación de una sociedad con un solo fundador.

2. Las aportaciones

El segundo requisito del artículo 8 de la nueva ley se refiere a la necesidad de que conste expresamente la voluntad de fundar una S.A., cosa que no requiere más comentarios a no ser que se quieran reproducir aquí las consideraciones que acabamos de hacer sobre la incapacidad de los fundadores. Por el contrario introduce alguna modificación importante en el tercer párrafo de este artículo cuando trata de las aportaciones.

Relativo a las aportaciones con dinero que pueden hacerse, si se desea, con moneda extranjera dando el equivalente en pesetas, el legislador se preocupa de la realidad de la aportación. Según el artículo 32-c, tendrá que exhibirse y entregar al notario el resguardo correspondiente del depósito en un establecimiento de crédito o, sino, entregar al notario la cantidad que se aporta, quien con posterioridad la depositará en nombre de la sociedad, naturalmente, aunque no lo diga la ley, en el establecimiento que indiquen los fundadores. Naturalmente el depósito que hace el notario tiene que documentarse con una diligencia independiente que se extenderá acto seguido de la constitución de la sociedad o en una acta aparte. Es, pues, insuficiente la fórmula actual que se limitaba a declarar el ingreso en metálico en la caja social.

Por el contrario, en las aportaciones que no son en dinero el legislador no se preocupa tanto de si es real la aportación como de la veracidad de la valoración, gracias a un procedimiento que puede ofrecer algunos inconvenientes prácticos y que se concreta en un informe elaborado por expertos independientes, designados por el Registrador Mercantil. Según el artículo 32.1, que regula este caso, el procedimiento de designación se fijará de modo reglamentario y del informe del experto se hará un protocolo añadido a la escritura fundacional, del cual se depositará una copia en el registro mercantil.

La Segunda Directiva comunitaria evidentemente prevé para estos casos en su artículo 10 el informe de peritos designados por una autoridad administrativa o judicial. Así pues, a partir de esta previsión, durante el proceso de elaboración de la reforma, se preveía inicialmente un sistema de designación judicial que, dada la situación de la justicia en nuestro país, hubiera resultado preocupante. En el texto definitivo se optó por la desig-

nación registral, probablemente más dinámica, pero que puede plantear algún problema. Por un lado, se tiene que considerar la interferencia que este procedimiento implica en el sistema de libre mercado, circunstancia que recomendaría la máxima agilidad. Existen, naturalmente, intereses de terceros que se deben proteger, pero no creo que el mecanismo adoptado no posea otra alternativa menos formalista. Desde mi punto de vista el criterio que se ha escogido no se adapta bien a la dinámica propia de las relaciones mercantiles, en especial cuando en la práctica la realidad es que estadísticamente no se producen situaciones fraudulentas y, si se produce alguna, es discutible que tenga que ser elevada a la categoría de punto de referencia por tener tanta incidencia en la actitud del legislador.

Por otro lado, si prospera la redacción del actual anteproyecto de Reglamento del Registro Mercantil, artículos 258 y siguientes, el proceso puede dilatarse mucho en el tiempo. El experto tiene que solicitarse por instancia triplicada en el Registro Mercantil del lugar donde radican los bienes o parte de ellos. El Registrador tendrá que proceder a la designación de un experto titular y un suplente, sin que en el texto reglamentario se prevea al respecto un plazo breve o largo, y, por otra parte, si lo valorado excede de la estimación de 500 millones de pesetas, serán necesarios tres expertos que cobrarán sus honorarios respectivos. El nombramiento se comunicará al experto quien tendrá diez días hábiles para comparecer ante el Registrador y aceptar o renunciar al cargo. El informe se emitirá dentro el plazo de otros quince días hábiles a partir del momento de la aceptación, plazo que podrá dilatarse a instancia del experto si concurren circunstancias excepcionales, hasta un máximo de treinta días.

En el caso de discrepancia con la valoración del experto, podrá pedirse la revisión al Registrador, quien entonces nombrará tres expertos. Su informe cerrará el expediente de modo que, llegados a este punto, o se acepta la estimación propuesta o simplemente no se hace la aportación.

Mi punto de vista es que es una lástima que no se haga adoptado una solución más expeditiva, en base a una disposición administrativa que homologue en general todos los profesionales que posean un determinado título (por ejemplo, los arquitectos) para dictaminar sobre una clase determinada de bienes (por ejemplo, fincas urbanas), sin necesidad de designación específica. No hay ninguna razón para presuponer que el técnico que designe el registrador será más competente o menos influenciable que otro cualquiera de sus colegas y, en cambio, el proceso se acortaría y sería notablemente más barato.

El anteproyecto de Reglamento del Registro Mercantil de hecho intenta simplificar algo las cosas y, según lo que propone el artículo 266, no sería necesaria la actuación de los expertos cuando:

- a) Los bienes aportados no superen el valor fiscal.
- b) Si se aportan acciones cotizadas, se toma como valor de cotización el del día anterior.
- c) Si se aportan bienes muebles adquiridos a un comerciante establecido legalmente, por un valor no superior al precio de la adquisición, acreditado por una factura que cumpla con los requisitos que prevé la legislación del IVA.

Esto plantea algunos interesantes problemas referentes a la aportación de inmuebles. Voy a plantear dos.

El primero es eminentemente práctico y de solución evidente: si alguien aporta un inmueble a una sociedad por su valor catastral, si se mantiene el criterio expuesto que actualmente recoge el anteproyecto de Reglamento Mercantil, no será necesario el expediente de peritación. Esta conducta, por otro lado, no podrá resultar afectada por los efectos fiscales de la ley 8/1.989, de 13 de abril, sobre Tasas y Precios públicos. Efectivamente, ésta en su disposición adicional 4ª, establece que "en las transmisiones onerosas "inter vivos" de bienes y derechos que se realicen a partir de la entrada en vigor de la presente ley, cuando el valor comprobado a efectos del impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales exceda del consignado por las partes en el correspondiente documento en más de 20 por 100 de éste y dicho exceso sea superior a dos millones de pesetas, este último sin perjuicio de la tributación que corresponda por el impuesto citado, tendrá para el transmitente y para el adquirente las repercusiones tributarias de los incrementos patrimoniales derivadas de transmisiones a título lucrativo" y la interpretación pacífica de esta expresión es restrictiva, de forma que aquel mecanismo abarca sólo las transmisiones patrimoniales en sentido estricto (una compraventa, una permuta, una cesión en o para pago), pero no las operaciones societarias. En efecto, el Reglamento del importe, aprobado por el real decreto 3494/1.981 de 19 de diciembre, regula especialmente los dos aspectos del impuesto, uno en el título primero y el otro en el título segundo, como hechos fiscales peculiares. Por tanto, si el valor declarado en la aportación entra en la hipótesis de aquella disposición adicional, no se producirán los efectos fiscales indicados.

La segunda cuestión que voy a plantear es puramente doctrinal. Es evidente que en una sociedad inmobiliaria, las fincas que se venden (por

ejemplo, departamentos con edificio de propiedad horizontal o solares en una urbanización) son la mercancía con la que se opera, tomando el concepto en un sentido amplio. No tiene, pues, sentido que la tercera excepción prevista en el Reglamento del Registro (la existencia de una factura firmada) se refiera sólo a bienes muebles, y no pueda extenderse asimismo a los departamentos o solares vendidos por aquellas sociedades, de modo que su posterior aportación a una sociedad por el precio de compra, acreditado por la escritura correspondiente, en la cual constará necesariamente el pago del IVA, resulte excluida de peritación. Esta observación tiene importancia especialmente en el período de tiempo durante el cual no se ha fijado el valor fiscal del inmueble y no podrá eludir la peritación.

Debo manifestar, finalmente, referente a las aportaciones en dinero, que el artículo 32-b.4, alterando el sistema anterior, prevé que en la aportación de una empresa o de un establecimiento, el aportante responde no sólo del saneamiento del conjunto sino también del saneamiento de los elementos esenciales de explotación o de los que tengan un valor patrimonial especial.

3. Gastos de constitución

El artículo 8 de la ley contiene un cuarto elemento que es la referencia a los gastos de constitución, requisito que antes no existía.

Así en la escritura de constitución se tendrán que expresar, por lo menos de un modo aproximado, según el texto, los gastos ya satisfechos en el momento del otorgamiento y los que se prevean hasta que la sociedad quede constituida. Se debe entender que el momento final llega con la inscripción en el Registro Mercantil, que es constitutivo y debe entenderse también que, entre los gastos aludidos, aunque no se trate de gastos ya satisfechos y de gastos previstos, sino de gastos simultáneos, deben incluirse los de la escritura misma de constitución.

4. Los estatutos

El artículo 8 hace referencia a los estatutos en diez párrafos. Examinaré sólo los requisitos que manifiestan alguna particularidad en relación al sistema anterior, aunque, como es natural, la exposición tendrá que ser necesariamente breve.

La denominación. El trato actual no ofrece grandes novedades. En todo caso, la ley admite expresamente la posibilidad que en la denominación figuren sólo las letras S.A. y no toda la expresión "Sociedad Anónima",

que durante la vigencia de la ley de 1951 había sido inicialmente contestada. Por otro lado, el rechazo de la coincidencia de denominaciones se hace de un modo muy estricto, o sea, rechazando sólo las denominaciones idénticas a las de sociedades ya existentes. De todos modos, el precepto que regula propiamente la materia, el artículo 2, prevé la determinación reglamentaria de ulteriores requisitos para la composición de la denominación social, aludiendo seguramente a las hipótesis que, a la razón social se debe añadir alguna especificación relativa a la actividad que ejerce como sucede, por ejemplo, con las entidades de financiación u otras.

Se tiene que decir, además, que en el anteproyecto de Reglamento de Registro Mercantil, artículo 90.3, se prohíbe también la denominación que pueda inducir a confusión respecto a las denominaciones o signos distintivos de otras entidades preexistentes, notoriamente conocidos. Por otro lado, como es natural y el artículo 90.4 de este texto afirma expresamente, la denominación tiene que ser única, lo cual no elimina evidentemente la práctica frecuente del uso de un anagrama.

Objeto. La ley prevé la determinación de las actividades que la integran, rechazando, por lo tanto, las descripciones demasiado genéricas y omnicomprendivas. Este hecho tiene su importancia, si pensamos, como veremos, que la actuación de los administradores está influenciada profundamente por el objeto social "determinado en los estatutos", según el artículo 76.2.

Se observa, asimismo, que el anteproyecto del Reglamento del Registro Mercantil, además de incidir en "la determinación sumaria y precisa de las actividades o géneros de comercio que lo integran", en contra de las fórmulas demasiado generales, prohíbe la inclusión en el objeto de ninguna referencia a los actos o negocios jurídicos necesarios para la realización o desarrollo del objeto social y establece, siempre en el artículo 91, que "en ningún caso podrá incluirse como parte de la cláusula del objeto social la expresión 'y cualesquiera otras actividades de dicho comercio' u otra de análogo significado". Se trata de dos observaciones que contrastan con una práctica no infrecuente. Se tendrá que quitar, pues, la especificación, por ejemplo, de que en el ejercicio de su actividad la sociedad podrá adquirir acciones de otras sociedades o fundarlas, y, no digamos, la referencia a negocios jurídicos concretos como la compra-venta, el arrendamiento u otros. Se tendrá que suprimir, asimismo, la referencia a otras eventuales actividades futuras, de modo especial si se añade la fórmula usual que se refiere a la inscripción correspondiente en el Registro

Mercantil. Pienso que la corrección es beneficiosa.

El capital. Es sabido que la ley en su artículo 4 exige un capital mínimo de diez millones de pesetas, sobrepasando la exigencia comunitaria que se sitúa en los 25 mil ecus. Por otro lado, como sucede actualmente, es posible el desembolso parcial de las acciones, por lo menos en el veinticinco por cien, aunque en este caso, según el artículo 8, los estatutos tienen que expresar no sólo la forma del desembolso del dividendo pasivo, sino también el plazo en que debe hacerse.

No obstante, más adelante el artículo 33 establece un criterio más amplio, de modo que aunque prevé inicialmente que la aportación del dividendo pasivo tendrá que hacerse por el accionista dentro el plazo establecido en los estatutos, enseguida añade: "o, en su defecto, por acuerdo o decisión de los administradores", añadiendo que, en este último caso, no en el de especificación estatutaria, se publicará el acuerdo o la decisión en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, indicando la forma y el plazo del pago.

En definitiva, pues, la especificación de este último dato en la escritura fundacional no tiene otra consecuencia que eludir aquella publicación. Es una ventaja poco importante para compensar la rigidez que supone la previsión de un plazo, que en el momento de la verdad, podría resultar demasiado corto. Naturalmente este inconveniente podría obviarse estableciendo un período de tiempo muy dilatado para el pago.

Por otro lado, como consecuencia de la exigencia de aquel capital mínimo, las A.S. que no lleguen a él, cuando entre en vigor la ley, o sea el día 1 de enero de 1990, deberán optar entre ampliar el capital hasta diez millones de pesetas si quieren mantener su condición de anónimas, o transformarse en sociedades colectiva, comanditaria o limitada, en este último caso con un capital mínimo de 500 mil pesetas. Según la disposición transitoria 3ª.1, la situación deberá haberse clarificado el 30 de junio de 1992 y, en caso contrario, se produce una hipótesis de sanción por un importe de cinco millones de pesetas, aparte los efectos sustantivos que correspondan. Así resulta del apartado 4 de aquella disposición transitoria.

Las acciones. Como es natural, sigue siendo una mención especial de la escritura fundacional el número de acciones que integran el capital social i su nominal, lo cual no impide que, ya en la constitución de la sociedad, según el artículo 34, se admitan las acciones con prima. Por el contrario, las acciones no pueden emitirse por debajo de su valor nominal.

Además de la serie si hay más de una, será necesario expresar la clase de las acciones ordinarias ya que al lado de las acciones ordinarias, aparecen ahora, además de las acciones privilegiadas, acciones con otras particularidades como las acciones sin voto. Por el contrario, según el artículo 36.2, no es posible la existencia de acciones con interés fijo, ni de acciones que alteren la proporcionalidad entre su valor nominal y el derecho de voto o el derecho a la suscripción preferente. Cosa distinta es la limitación con carácter general del número de votos que pueda tener un accionista o la exigencia de un número mínimo de acciones para acceder a la Junta General, que continua siendo posible pero con un límite en el segundo caso: el número de acciones exigidas no podrá ser inferior al uno por mil del capital social.

A partir de ahora la ley reconoce que las acciones pueden ser representadas por títulos o por anotaciones a cuenta. Se trata, en definitiva, de la influencia de las nuevas técnicas del tratamiento de los valores, aceptadas, como se sabe, en la ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores. Ahora bien, las acciones no representadas de esta manera se representarán como hasta ahora por títulos y continuarán siendo nominativas o al portador. Los títulos podrán ser múltiples, circunstancia que tendrá que preverse en los estatutos. Pero tendrán que ser necesariamente nominativas en los siguientes casos, previstos en el artículo 38.2:

- a) Si no han sido desembolsadas totalmente como ya sucede actualmente.
- b) Si están sindicadas, lo cual representa una modificación importante ya que las acciones al portador no podrán sindicarse.
- c) Si suponen prestaciones accesorias.
- d) Si así lo imponen las disposiciones vigentes.

Merece la pena advertir de paso, es decir aunque no se trate de una constatación relativa a la escritura fundacional, que las acciones representadas por anotaciones a cuenta se negociarán normalmente a través de la Bolsa de Valores, si bien la ley especial no rechaza la contratación al margen, por ejemplo, por escritura notarial, caso en que aquella ley 24/1988 regula la conexión con el sistema general, mediante la notificación correspondiente; que las acciones representadas por títulos nominativos no exigirán en su tramitación la intervención de fedatario y se podrán transmitir de forma privada, por endoso, con notificación a la sociedad para su correspondiente anotación en el libro de acciones nominativas; y que sólo las acciones representadas por títulos al portador seguirán transmitiéndose

como hasta ahora.

De hecho, la novedad más importante en materia de acciones, si nos fijamos en su contenido, es la aceptación por la ley de las acciones sin voto que, según el artículo 47-a, pueden ser emitidas hasta un importe nominal no superior a la mitad del capital desembolsado. Su característica, como ya se desprende de su denominación, es que mantienen todos los derechos típicos de esta clase de títulos, salvo el de votar en las Juntas Generales. Por otro lado, los derechos convencionales los poseen con peculiaridades favorables y, además, la pérdida del derecho de voto no es total.

En realidad, la dinámica legal se mueve en una doble dirección. Por un lado, como contrapartida de sus ventajas económicas, ven reducida notablemente su participación en el gobierno de la sociedad. En este sentido, los accionistas sin voto pueden concurrir a la Junta General, pero no pueden votar y, por tanto, no cuentan a la hora de ponderar los "quórum". Además ven reducida su incidencia en el órgano de administración y, así, sus titulares no se pueden agrupar a efectos de designar administradores. Como consecuencia, las acciones sin voto no se tendrán en cuenta cuando este derecho lo ejerzan los demás accionistas. Quiere esto decir que un accionista sin voto sólo podrá exigir un sitio en el Consejo de Administración cuando él, solo o agrupado con otros accionistas, totalice un paquete de acciones que representen un total del capital social igual o superior al que resulte de dividir este último por el número de vocales del Consejo, según el actual y futuro artículo 71.

Como contrapartida a esta reducción de derechos políticos, el legislador da prioridad a los derechos económicos de los titulares de acciones sin voto, en un triple sentido.

a) Tienen derecho a percibir el mínimo dividendo establecido en los estatutos, que no podrá ser inferior al 5 por 100, derecho que se acumula con el de percibir después el dividendo ordinario y que el legislador ampare al establecer que, si no se percibe el dividendo mínimo, éste tendrá que satisfacerse en los cinco ejercicios siguientes y al conceder, mientras, a estas acciones el derecho de voto. No se restablece, en cambio, el derecho de agrupación a efectos de designación de administradores.

b) Tienen derecho de preferencia en cualquier caso de reembolso del capital social, de manera que no podrá distribuirse ninguna cantidad a las otras acciones, mientras no se hayan reembolsado las acciones sin voto.

c) No quedarán afectadas por una reducción de capital por pérdidas

sino cuando la reducción supere el valor nominal de las otras acciones. Si, como consecuencia de la reducción, el valor nominal de las acciones sin voto excediera de la mitad del capital desembolsado y no se restableciera esta proporción en el plazo de dos años, debería disolverse la sociedad. Por otro lado, este es un segundo caso de adquisición por parte de estas acciones, del derecho de voto, que se obtendrá después de la reducción de capital, mientras no se restablezca la proporción de la mitad.

En este segundo caso de derecho de voto tampoco se obtiene el derecho de agruparse a efectos de poder designar administradores, pero en cualquier caso queda claro que las hipótesis de anormalidad económica indicadas (no pago del dividendo, pérdida de la proporción inicial de la mitad) la ley las corresponde con una recuperación del derecho político por antonomasia: el de votar en las Junta Generales.

Naturalmente no es este el momento de hacer una valoración de la incidencia que pueda llegar a tener en la práctica la figura de la acción sin voto. El aspecto indudablemente positivo de la recepción por el legislador español de estos títulos, que ofrecen un cierto aspecto híbrido, entre acciones y obligaciones, si prescindimos del importante detalle que, a pesar de todo, no dejan de ser parte del capital, es que con ella se rompe con la rigidez con que el sistema español había contemplado siempre la figura de la acción en una línea muy apartada de la más imaginativa que ofrece el derecho societario en los países de nuestro entorno económico.

El órgano de administración. La ley, en la letra h) del artículo 8, exige que se exprese la estructura del órgano al que se confía la administración de la sociedad, la de los administradores a los que se confiere el poder de representación y su régimen de actuación.

De hecho este precepto no supone una alteración del sistema anterior, a pesar que la diferencia en la redacción es evidente y, en síntesis, la alternativa en principio (luego veremos qué puede decir el Reglamento del Registro Mercantil), es o Consejo de Administración que tendrá como mínimo tres miembros, por disposición expresa de la ley, o administradores solidarios. Otra cosa es la incidencia que pueda tener en la interpretación de la ley la forma como esta cuestión se trate en el Reglamento del Registro Mercantil. Debo hacer esta observación a la vista: primero, del hecho que el texto actual de la ley afirma expresamente que los tres aspectos insinuados, es decir, cual es el órgano de administración, quien tiene dentro de éste, la representación y, finalmente, el régimen de actuación del órgano, tendrán que entenderse "de conformidad con lo dispuesto

en esta ley y en el Reglamento del Registro Mercantil" y, segundo, por la forma como se ha redactado el anteproyecto de este último texto, que en el artículo 96 afirma que "en los estatutos se hará constar la estructura del órgano al que se confía la administración, determinando si se atribuye:

"a) A un administrador único.

"b) A varios administradores solidarios.

"c) A dos administradores conjuntos.

"d) A un consejo de administración integrado por un mínimo de tres miembros.

"e) A un Consejo de Administración y a una Comisión Ejecutiva o a uno o más Consejeros delegados".

La pregunta surge a partir del uso que el texto hace de la palabra "determinado" y por la enumeración expresa y diferenciada que hace de las distintas opciones y se formula con relación al mantenimiento o no del sistema tan utilizado en la práctica (naturalmente, no en las grandes sociedades) de prever en los estatutos la doble posibilidad de Consejo o de administradores solidarios que decide durante la vida de la sociedad la Junta General, naturalmente, con los requisitos exigidos por la modificación de estatutos.

Contra la posibilidad de mantener este sistema optativo tiene que tomarse en consideración la forma como se ha redactado el precepto reglamentario y también la dinámica, por cierto muy formalista, del anteproyecto de Reglamento. Se debe tener en cuenta, también, que el actual artículo 102, letra h) del Reglamento del Registro Mercantil, o sea, el texto vigente actualmente, al final prevé una extraña hipótesis de coexistencia de Consejo i de administradores, que podría servir como referencia para abonar la práctica citada, aunque, evidentemente, los supuestos no coincidan de hecho con exactitud. Pero juega a favor del mantenimiento del sistema alternativo el hecho que el citado artículo 102 del Reglamento actual usa también la palabra "determinado" con referencia a la posibilidad que exista o Consejo de Administración o administradores individuales, aunque la referencia a estas dos posibilidades no sea tan individualizadora como la del anteproyecto que, como vimos, hace la enumeración sucesiva. Abonan asimismo el mantenimiento del sistema las ventajas ciertas de aquella práctica, evidentemente por razones de utilidad, de modo que no parece lógica su eliminación sin un precepto que necesariamente la suponga y, sobre todo, el hecho que, ya que constará en el Registro en todo momento cual es el sistema adoptado, no admite el menor

perjuicio de terceros.

Por otro lado, como ya se ha visto, la nueva ley, en caso de Consejo, impone un mínimo de tres administradores, abandonando, así, la posibilidad de Consejo de Administración con sólo dos miembros, que en la práctica se utilizó anteriormente. Como contrapartida, el anteproyecto de Reglamento de Registro Mercantil, como acabamos de ver, admite expresamente la figura de los dos administradores que, sin constituir Consejo, actúan mancomunadamente, forma no posible en la actualidad. En realidad, la base de este precepto, natural por otro lado, se encuentra en la misma ley ya que el artículo 8, como hemos visto, establece la necesidad que los estatutos indiquen los administradores a quienes se confiere el poder de representación y, más adelante, en el artículo 76, cuando afirma que "la representación de la sociedad, en juicio o fuera de él, corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos". Es evidente que el precepto es útil y hace necesario el sistema que a la práctica se ha seguido hasta ahora, que, en el caso de Consejo con dos consejeros, completaba la estructura con una delegación de facultades a los dos de forma mancomunada.

Finalmente, la ley, en el artículo 72.1, pone como plazo general cinco años, que el texto actual sólo aplica a los administradores designados en la escritura fundacional. Queda cerrada, pues, la cuestión de si los administradores posteriores podían serlo por tiempo indefinido, que la Dirección General de Registros y del Notariado habían resuelto negativamente y ya no se podrá paliar el efecto de este criterio con plazos largos.

Pero el aspecto más interesante de la nueva regulación en materia de administración social es la toma de posición del nuevo texto en lo que hace referencia al alcance de la función representativa, de modo que cualquier intento de reducción por vía estatutaria del ámbito de representación previsto por la ley no podrá tener otro alcance que el puramente interno.

El artículo 76 de la ley de 1951, hoy todavía vigente, no es un artículo fácil de interpretar. El primer párrafo de su texto dice que "la representación de la Sociedad en juicio y fuera de él corresponde al Consejo de Administración. En defecto de este, la representación se regirá por lo dispuesto en los Estatutos y en los acuerdos de la Junta General", y añade en el segundo párrafo que "en todo caso, la representación de la Sociedad se extenderá a todos los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa". Ante esta redacción, la doctrina, en general, creo que todavía

influenciada por la tesis del mandato, que veía a los administradores no como a órganos, sino como a simples mandatarios de la sociedad, experimentaba serias dificultades para objetivizar al máximo el poder representativo de los administradores, a pesar de que aquella era la tesis seguida por el Código de Comercio, era evidente que había sido abandonada por la ley de 1951. Este criterio objetivador, por el contrario, es el que defendí en mi discurso de ingreso en esta Academia.

A través de un razonamiento que ahora no es el momento de reproducir, yo establecía una diferencia entre la hipótesis de administración por Consejo o por administradores solidarios. Si existe Consejo de Administración (decía en la página 35 del discurso), el ámbito de su actuación representativa es típico, en el sentido que abarca todo el ámbito de actuación de la sociedad, salvo las limitaciones legales o las que derivan del uso mercantil, y esto lo mismo judicial que extrajudicialmente. Más adelante (página 43), intentaba establecer los principios de aquella representación típica o máxima:

1ª.-El Consejo de Administración representa la Sociedad, es decir, la vincula en todas las actividades para un mejor desarrollo del objeto social.

2ª.-En principio cualquier actuación de aquel órgano se presume que tiene lugar dentro de este ámbito.

3ª.-Sobre esta base, se impone la protección de terceros de buena fe y, por tanto, se hace necesario el mantenimiento de la vinculación de la sociedad cuando el acto o negocio llevado a cabo por el órgano de aquellas características, objetivamente, es decir, de acuerdo con los puntos de referencia obtenido a partir del uso, se encuentre dentro del ámbito indicado.

4ª.-Las limitaciones estatutarias o derivadas del nombramiento, hasta inscritas en el Registro Mercantil, entonces no afectan a terceros.

5ª.-Sólo en los casos en que, por la ley o en virtud del uso mercantil, sea evidente la extralimitación, de manera que no sea normal entender que el órgano está actuando en el ámbito de sus facultades representativas, no se producirá la vinculación de la sociedad.

6ª.- Esto sin perjuicio de la acción de responsabilidad por abuso de facultades del artículo 79 de la ley, que corresponde a la Sociedad, a los accionistas, a los acreedores, naturalmente excluido el tercer contratante.

En cambio, si no hay Consejo (página 36), el contenido de la representación está determinado por la autonomía de la voluntad, o sea, por los estatutos o por el acuerdo social como máximo, que, a pesar de todo,

no podrá sobrepasar el contenido típico previsto para el caso de existencia de Consejo, y por la ley, como mínimo, que se nos da por el giro y el tráfico de la empresa.

Así pues, es evidente que el texto actual opta decididamente por el criterio objetivo, asumiendo al mismo tiempo el concepto de órgano social. El nuevo artículo 76 permite llegar mejor a esta conclusión al no hacer diferencias, referente a la representación, entre el caso de existencia de Consejo y el de existencia de administradores solidarios, y al suprimir las referencias al giro o al tráfico de la empresa. Su contenido se desarrolla, en realidad, en tres tiempos. El primer párrafo parece que no encaja en esta perspectiva; se origina en los estatutos sociales y afirma que "la representación de la sociedad en juicio o fuera de él corresponde a los administradores en la forma determinada en los estatutos". Pero, en realidad, el precepto, al hablar de la forma de representación, no se está refiriendo al alcance de la función representativa, sino al modo como se configura el órgano y ya vimos las distintas posibilidades que enumera el anteproyecto de Reglamento del Registro Mercantil.

Con esta base puramente estructural, los dos párrafos siguientes se ocupan claramente del aspecto funcional. El punto de partida se sitúa en el objeto social, de modo que la representación se extiende siempre a todos los actos comprendidos en el objeto social y cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se encuentre inscrita en el Registro Mercantil, es decir, aunque figure en los estatutos, es ineficaz ante terceros. El objeto social, pues, entendido en sentido amplio, es en principio, el módulo que nos dará el alcance de la atracción representativa. Por lo tanto, cualquier operación necesaria o conveniente para su ejercicio o que sea complemento o consecuencia de ello, entra en el ámbito de aquella representación.

Ahora bien, el alcance de representación que tiene el órgano va más allá del objeto social y, en este sentido, el nuevo artículo 76, en su párrafo 3, además afirma que "la sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos sociales inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social".

O sea, que teniendo en cuenta que siempre se presume buena fe, que, según el texto transcrito, sólo la culpa grave, no la simple negligencia, es relevante, y que no hay culpa por el hecho de no consultar el Registro Mercantil, tenemos como resultado final que ni tan solo el objeto social

delimita absolutamente la función representativa. Quiere esto decir, por tanto, que la incidencia del objeto social en esta función no se produce si se ignora la falta de encaje entre el acto o negocio jurídico y el contenido del objeto social en su sentido amplio. De hecho, pues, sólo será relevante el conocimiento por parte de terceros que el órgano de administración está actuando fuera del objeto social; pero si, como voy repitiendo, pensamos que el concepto de objeto se tiene que recibir en sentido amplio que abarque los actos preparatorios, complementarios o derivados, al final no será nada fácil demostrar que el acto o negocio en cuestión no es absorbible por esta inteligencia no estricta. Desde mi punto de vista, en la práctica, salvo, por ejemplo, en casos de confabulación, será muy difícil obtener la ineficacia de las acusaciones representativas del órgano de administración.

De todos modos es evidente que, con la nueva regulación, la seguridad de tráfico quedará notablemente reforzada y que, como he dicho, cualquier limitación estatutaria de las facultades de los administradores, aunque no exista Consejo, sólo tiene un alcance interno y, por lo tanto, sólo incidirá en el ámbito de la responsabilidad de los administradores.

La toma de acuerdos. El nuevo texto se ocupa asimismo de un modo especial, de la manera como los órganos colegiados de la sociedad tienen que deliberar y adoptar los acuerdos, de manera que esto necesariamente deben expresarlo los estatutos.

En primer lugar, en la fase previa a los acuerdos, la ley rebaja la exigencia del diez por cien al cinco por cien del capital para la convocatoria de una Junta extraordinaria a iniciativa de los accionistas. En segundo término, de cara a la Junta General ordinaria, los estatutos, cuando prevén la fecha de la reunión, deberán tener en cuenta el nuevo régimen de las cuentas anuales. O sea que si la ley mantiene el período de seis meses para su aprobación, regula con más detalle su proceso de elaboración y, de este modo, los administradores, según el artículo 110-a.1, tienen sólo tres meses para redactar las cuentas anuales, el informe de gestión y, eventualmente, la propuesta de distribución de beneficios, pasando luego esta documentación a la auditoría, cuando se pueda exigir, que dispone de otro mes para emitir su informe.

Cumplido este trámite y convocada la Junta General, de acuerdo con el artículo 110-b, cualquier accionista podrá obtener de la sociedad de forma inmediata y gratuita, los documentos que se han de someter a aprobación y el informe de los auditores, debiendo constar este derecho en la

convocatoria. Esto quiere decir, por tanto, que si hay auditoría los administradores no pueden convocar a la Junta sin respetar el mes previsto para el informe y el derecho de información, que evidentemente puede situarse dentro del período de quince días con que la Junta debe convocarse. En cambio, si no hay auditoría, basta con respetar el derecho de información.

El nuevo texto, además, da un margen estatutario a la regulación del depósito previo de las acciones al portador o de la inscripción de las nominativas en el libro registro correspondiente, que el texto actual imponía en los dos casos con antelación de cinco días. Se parte de la regulación que sobre esto consta en los estatutos, que podrán condicionar la asistencia, aunque con una limitación clara: no se podrá impedir la asistencia a los titulares de acciones nominativas o representadas por anotaciones en cuenta que estén inscritas e los registros respectivos con la antelación de cinco días, ni a los titulares de acciones al portador que hubieran depositado las acciones o el resguardo de su depósito en la forma prevista en los estatutos, depósito que de no disponerse nada en los estatutos, deberá hacerse en el domicilio social. Por otro lado, sólo en el caso de las acciones nominativas y representadas por anotaciones, el plazo de inscripción será de cinco días si los estatutos no dicen nada al respecto. En cambio, la ley es menos previsorá en relación a las acciones al portador. No presume el plazo de cinco días, con lo cual necesariamente se tendrá que prever el plazo de depósito en los estatutos y no establece este plazo de cinco días como mínimo.

Finalmente, la nueva ley facilita la toma de decisiones por la Junta General y se inclina por una reducción de las asistencias mínimas. De este modo, en primera convocatoria, cualquier que sea la clase de acciones, si están representadas por títulos, es suficiente la presencia o representación del 25 % del capital suscrito con derecho a voto, a menos que los estatutos fijen un quórum superior. El texto actual exige la concurrencia de la mayoría de los socios o de la mitad del capital desembolsado, con lo cual, pues, se prescinde de la concurrencia personal, sólo se pondera la del capital y la concurrencia se cuenta, no sobre el capital desembolsado, sino sobre el capital suscrito, independientemente de que sólo cuentan las acciones con derecho a voto.

Naturalmente, se reduce la exigencia en la segunda convocatoria, en que igual que ahora, la magnitud del capital es indiferente. Aquí, también, los estatutos pueden ser más exigentes, pero si esto es así, el quórum en

segunda convocatoria deberá ser siempre inferior al 25 % de la primera.

Ahora bien, igual que ahora el artículo 58, la nueva redacción de este precepto exige unas asistencias especiales para los actos de la sociedad que sean especialmente trascendentales.

Es decir, igual que ahora, para que la Junta pueda acordar el aumento o la disminución del capital, la transformación, fusión o escisión de la sociedad (nuevo concepto, este último, introducido también en la reforma) y, en general, cualquier modificación de los estatutos sociales, será ahora necesario un quórum del 50 % en primera convocatoria, en contra de los dos tercios actuales, y un 25 % en segunda, enfrente del 50 % actual. Ambas asistencias se refieren siempre al capital suscrito con derecho a voto y prescindiéndose en ambos casos de la exigencia actual de concurrencia de las dos terceras partes o de la mitad de los accionistas, si las acciones son nominativas. Pero los estatutos pueden elevar estos quórums, con la limitación, me parece, de que el quórum estatutario no podrá llegar, en segunda convocatoria, al 50 %, aplicando analógicamente los criterios antes vistos, aunque la ley no hable de ello expresamente.

La ley actual, de todos modos, establece una exigencia especial en estos casos del artículo 58: los acuerdos sólo se podrán tomar con el voto favorable de dos tercios de los accionistas presentes o representados.

Cierre del ejercicio. Ahora también es un requisito de los estatutos. Su omisión, no obstante, no puede considerarse como un defecto, ya que el artículo 8, en la letra j) del número 5º, presume que a falta de disposición estatutaria, el cierre se producirá el 31 de diciembre.

Las prestaciones accesorias. Se trata de una innovación de la ley que, si acaso, prevé su referencia en los estatutos. Es evidente que se trata de un aspecto que personaliza las relaciones entre los accionistas y no cabe duda que las prestaciones podrán ser muy variadas y, como es natural, con un resultado económico beneficioso para la sociedad. Será preciso expresar su contenido, su carácter gratuito o retributivo, las acciones que lo incorporen y las eventuales cláusulas penales para el caso de incumplimiento. Los títulos tendrán que ser nominativos según el artículo 38.2, pero si se trata de acciones representadas por anotaciones en cuenta, el carácter nominativo se expresará en su correspondiente anotación.

En definitiva se trata de un aspecto más de la apertura del texto legal en materia de acciones, comentada al hacer la referencia correspondiente a las acciones sin voto. Como indiqué en su momento, la ley admite claramente la variedad de acciones que, como es natural, se diferencian de

las ordinarias en función de su contenido. Se tienen que situar entre ellas, las acciones sin voto, las acciones con prestaciones accesorias, las sindicadas si no lo son todas, y asimismo las privilegiadas, admitidas ya en el sistema anterior. Esta enumeración no es exhaustiva si tenemos en cuenta el contenido del nuevo artículo 35, que, de manera genérica afirma que "las acciones podrán otorgar diferentes derechos, constituyendo una misma clase aquellos que tengan el mismo contenido de derechos".

5. La designación de los administradores.

En este aspecto el nuevo texto legal no contiene ninguna particularidad. De todos modos el anteproyecto del Reglamento del Registro Mercantil, cuando se refiere en su artículo 108.1 a la necesidad que conste la fecha de nacimiento o la edad de los administradores como requisito de la inscripción, parece que elimina la práctica actual de referirse sólo a la mayoría de edad.

Aparte esto, el mismo anteproyecto en su artículo 11, en el caso de administrador persona jurídica, exige como requisito para la inscripción de la aceptación del nombramiento, que conste la designación específica de la persona física designada al efecto. Me parece que, si prospera esta exigencia, supondrá una rigidez innecesaria en el sistema, que, por otro lado, desfigura el alcance de la designación de administrador y la transforma, de hecho, en una administración ejercida por persona física.

6. La designación de auditores.

El mismo requisito del artículo 8 que se refiere al nombramiento de los administradores, el 6^a, alude como requisito de la escritura de constitución, a la indicación del nombre, apellidos y edad, si son personas físicas, la denominación social, en otro caso, de los auditores de cuentas de la sociedad.

Como se sabe, la reforma es especialmente sensible a las exigencias contables de las directivas comunitarias y, en este marco, aparece con fuerza la figura de la auditoría. Pues bien, su designación es un requisito de la escritura fundacional. Lo que pasa es que el ámbito de la auditoría obligatoria es limitado y no llega a aquellas sociedades que pueden presentar el balance abreviado, o sea, según el artículo 103-C, las que, durante dos años consecutivos, en la fecha de cierre del ejercicio, concurren por lo menos dos de las siguientes circunstancias:

a) Que el total de las partidas del activo no superen los 250 millones de pesetas.

b) Que su cifra anual de negocios sea inferior a los 480 millones de pesetas.

c) Que el número de trabajadores empleados durante el ejercicio no supere los cincuenta.

Esto no obstante, los auditores, cuya designación no podrá ser por menos de tres años ni por más de nueve y que no pueden ser reelegidos hasta pasados tres años del cese, podrán ser requeridos en las sociedades exentas por el 50 % del capital social. La solicitud se hará en el Registro Mercantil del domicilio social y es evidente que, además, los propios estatutos podrán también prever la obligatoriedad de la auditoría

II - LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL

Examinadas ya las modificaciones relacionadas con la escritura fundacional, corresponde hacer una breve referencia al alcance de su inscripción en el Registro Mercantil, y, aunque de forma tangencial, a la eficacia de los actos o negocios jurídicos hechos en nombre de la sociedad antes de la inscripción. Ésta sigue siendo constitutiva, pero el sistema actual de Registro culmina con un Registro Mercantil Central que radica en Madrid y con el Boletín Oficial del Registro Mercantil. O sea, con el nuevo sistema, la escritura constitucional se inscribe en el, Registro de domicilio social como hasta ahora, pero en seguida, según el nuevo artículo 18 del Código de Comercio, se comunican al Registro Central los datos esenciales de la inscripción que además se publican en este Boletín, momento a partir del cual ya son operables para terceros de buena fe, de acuerdo con el artículo 21.1 del Código. Está claro, de todos modos, que según el artículo 7.1 de la nueva ley, el valor jurídico se obtiene con la primera inscripción en el Registro Mercantil del domicilio social. Pero sucede que los terceros de buena fe pueden desconocerla hasta que la constitución no sea haya publicado en el Boletín.

A parte de esto debe comentarse, también, una particularidad del nuevo texto, en concreto, a partir del artículo 13 de la nueva ley, lo relacionado con los actos de negocios anteriores a la inscripción registral.

Como se sabe, el artículo 7 prevé la ratificación de los actos o negocios por la sociedad. Pues bien, el artículo 13 ahora establece unas modificaciones importantes. Según este precepto, la sociedad responde de los siguientes actos otorgados antes de la inscripción:

a) Los que son indispensables para la inscripción.

b) Los realizados por los administradores (cuya existencia supone, por definición, que se ha otorgado la escritura fundacional) dentro de las facultades que les confiere el contrato (es decir, la misma constitución) para la fase anterior a la inscripción.

c) Los que se estipulan en virtud de un mandato específico por parte de las personas que todos los socios designan para esto.

Los actos que no abarcan las tres hipótesis anteriores son evidentemente aquellos a los que alude el mismo artículo 13, 3, segundo inciso, cuando dice que "también quedará obligada la Sociedad por aquellos actos que acepte dentro del plazo de tres meses desde su inscripción". Dejando de lado el hecho que no se ve la razón por la que esta aceptación no puede hacerse después de los tres meses, y es evidente que podrá hacerse más tarde, el juego que resulta de esta normativa parece claro en el sentido que -"inclusio unius, exclusio alterius"- la ratificación no será necesaria si se trata de actos realizados por los administradores dentro de las facultades que la escritura constitucional confiere expresamente en la fase previa a la inscripción, o de actos realizados por personas, no necesariamente administradores, socios o no, en definitiva, por apoderados (el artículo 13.3 habla de representantes) designados asimismo de modo específico por los socios. Esta designación lógicamente, pero, si nos atenemos al texto de la ley, no necesariamente, se hará en la escritura fundacional.

Es, por tanto, evidente, que si la sociedad proyecta proceder, inmediatamente después de su constitución, a la compra de una finca, antes de la inscripción será suficiente que, en la escritura fundacional, se confiera esta facultad expresa a los administradores o que, alternativamente, se designe un apoderado para ello. En este caso no será necesaria su ratificación, al contrario de lo que sucede en la actualidad.