

Revista del Foro Canario

80

Las Palmas de Gran Canaria, 1990



Imprime: Imprenta Pérez Galdós
Prof. Lozano, 25 - Urb. Cebadal
Las Palmas de Gran Canaria

Depósito Legal G.C. 258/80
I.S.S.N. 0211-0903

*Revista del
Foro Canario*

LA REFORMA DE LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA Y DE LA SOCIEDAD COMANDITARIA POR ACCIONES

JOSÉ MANUEL HERNÁNDEZ ANTOLÍN

DOCTOR EN DERECHO. NOTARIO DE MADRID
REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

- A) SL - DIMENSIÓN DE LA EMPRESA
- B) CONFIGURACIÓN GENERAL DE LA SL.
- C) NO DISTINCIÓN ENTRE ESCRITURA Y ESTATUTOS.
- D) IMPORTANCIA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.
- E) REMISIÓN A LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS.

II. EXAMEN CONCRETO DE LAS INNOVACIONES INTRODUCIDAS CON LA LEY DE ADAPTACIÓN.

- A) DENOMINACIÓN.
- B) OBJETO SOCIAL.

- C) CARÁCTER DE LA PARTICIPACIÓN SOCIAL.
- D) NÚMERO MÍNIMO DE SOCIOS.
- E) NÚMERO MÁXIMO DE SOCIOS.
- F) CAPITAL SOCIAL MÍNIMO Y MÁXIMO.
- G) NOVEDADES EN ORDEN A LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN.
- H) APORTACIONES DE LOS SOCIOS.
- I) TRANSMISIÓN DE PARTICIPACIONES.
- J) CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE LA TRANSMISIBILIDAD.
- K) SEPARACIÓN DE UN SOCIO.
- L) NOVEDADES RELATIVAS AL ÓRGANO DE SOBERANÍA.
- M) NOVEDADES EN CUANTO A LOS ADMINISTRADORES.
- N) CUENTAS ANUALES.
- Ñ) NULIDAD DE SOCIEDADES.
- O) ACTOS ANTERIORES A LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL.
- P) MODIFICACIÓN DE LA ESCRITURA CONSTITUCIONAL.
- Q) FUSIÓN Y ESCISIÓN.
- R) DISOLUCIÓN.

III. JUICIO CRÍTICO A LA NUEVA REGULACIÓN SL.

LAS SOCIEDADES COMANDITARIAS POR ACCIONES. ESPECIALIDADES DE SU RÉGIMEN JURÍDICO.

- a) REMISIÓN A LA LSA.
- b) SOCIOS.
- c) DENOMINACIÓN.
- d) APORTACIONES.
- e) DOCUMENTACIÓN DE LOS DERECHOS DE SOCIO.
- f) SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS SOCIOS.
- g) TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS DE SOCIO.
- h) EN CUANTO AL ÓRGANO SOBERANO.
- i) EN CUANTO A LOS ADMINISTRADORES.
- j) DISOLUCIÓN.

JUICIO CRÍTICO. PERSPECTIVAS FUTURAS.

INTRODUCCIÓN

La entrada de España en la CEE llevó consigo la entrada en un régimen jurídico en que, junto a las normas jurídicas internas, emanadas de la soberanía nacional, coexisten normas emanadas de la propia CEE.

Un tipo de tales normas son las Directivas comunitarias, que son normas de obligado cumplimiento por los Estados miembros, no mediante su aplicación inmediata, sino mediante la introducción de tales normas en el derecho interno. En materia societaria, ocho han sido ya aprobadas (numeradas de la 1 a la 9, salvo la 5ª, relativa a órganos, pendiente de aprobación y enormemente polémica).

Surge así la Ley 19/1989 de Reforma y Adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de Sociedades (BOE 27 de julio).

Esta norma, al tenor de las Directivas Comunitarias (en especial la Primera y la Segunda) no sólo son aplicables a las SA, sino también a las Sociedades de Responsabilidad Limitada (SL) o a las Sociedades comanditarias por acciones (SCA).

Ya han sido objeto de tratamiento exhaustivo, las reformas introducidas en las SA, y ahora nos toca abordar las modificaciones en las SL y en las SCA.

Quiero resaltar el término “reforma”. No se va a hacer un estudio exhaustivo de estas formas sociales, lo que excedería, en mucho, nuestro objetivo. Tan sólo se van a repasar aquellas cuestiones que han sufrido modificación o que ofrecen nuevas perspectivas, aunque no se haya modificado, en ocasiones, su regulación.

Con carácter general, y refiriéndonos al objeto de nuestro estudio, señalar que la LAd no sólo se contenta con la labor de adaptación, sino que introduce importantes innovaciones (por ello se llama de Reforma), en especial en relación a la SCA, que es objeto de una regulación absolutamente nueva.

Por último señalar que la LAd entró en vigor el 1 de enero de 1990 (D. Final 3ª), disponiendo además:

—que quedarán sin efecto las disposiciones de las escrituras y estatutos que se opusieran a lo dispuesto en la ley (D.T. 2ª).

—señala plazos para la adaptación de escrituras y estatutos, si estuvieran en contradicción con sus preceptos (D.T 3ª).

—respecto de la publicación de las cuentas anuales dispone que aquellos ejercicios cuya fecha de cierre sea anterior al 1 de julio de 1990 se presentarán para su depósito en el Registro Mercantil con la formulación y requisitos de la legislación anterior, lo cual, literalmente examinado, podría llevarnos a la absurda consecuencia de tener que depositar todas las cuentas relativas a ejercicios no prescritos en dicha fecha, y no sólo al ejercicio 1989 y 1990 (si ha terminado antes de ese día).

—respecto de las SL, se da al Gobierno el plazo de un año para que elabore y apruebe un Texto Refundido de la LSRL. Habiéndose hecho ya la aprobación del T.R. de la LSA (RD. 1.564/1989 de 22 de diciembre), es de esperar que en breve plazo se publique el de LSRL.

Todas estas cuestiones simplemente se citan, sin entrar en detalles.

Apuntar asimismo la aprobación del nuevo RRM por Real Decreto 1.597/1989 de 29 de diciembre, de gran importancia para todas las cuestiones a examinar.

LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

La LAD dedica tres artículos (11, 12 y 13) a introducir modificaciones en la Ley de 17 de julio de 1953. Antes de entrar en un examen detallado de los mismos, vamos a hacer diversas consideraciones previas.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

A) SL - DIMENSIÓN DE LA EMPRESA

La SL nace como consecuencia de la necesidad de crear un tipo más ágil y flexible que la SA, pero conservando la limitación de responsabilidad por parte de los socios. Ante tal exigencia, dos eran las alternativas:

—bien flexibilizar la regulación de las SA, de forma que den cabida a estas pequeñas sociedades (ésta fue la alternativa del derecho inglés).

—bien regular un tipo nuevo: surge así en 1892 la SL en el derecho alemán, difundiéndose posteriormente por las demás legislaciones continentales.

El Derecho español había optado por esta segunda vía, y así se empiezan a constituir SL, como tipo de la SA, al amparo del CCO dado lo liberal de su regulación. El RRM de 1919 hace la primera referencia a las SL, que toman carta de identidad en la Ley de 17 de julio de 1953.

La realidad, no obstante, nos habla del fracaso de las SL. En un país en el que la mayor parte de las empresas son pequeñas y medianas (y clientes potenciales de la SL), la realidad demuestra, a diferencia del resto de los países europeos, que la tendencia (que ha sido creciente en el tiempo) ha sido a crear SA y no SL. Así en 1987, el 88% de las sociedades que se inscribieron en el Registro Mercantil fueron SA, y sólo un 12% fueron SL, siendo despreciables los demás tipos societarios. Ello fue debido, como señala OTERO LASTRES:

—al éxito de la SA, y a lo flexible de su regulación.

—a las deficiencias de la propia LSRL, en particular la limitación por arriba de la cifra de capital social.

La Exposición de Motivos del Anteproyecto es clara, en cuanto que señala que la SL es un tipo al que habrán de acudir aquellas sociedades de carácter familiar o con reducido número de socios.

B) CONFIGURACIÓN GENERAL DE LA SL

Tradicionalmente ha venido considerándose a la sociedad colectiva como estándar de la sociedad personalista, y a la SA como estándar de la sociedad capitalista. En todo esto, adviene la SL y se considera que es una sociedad eminentemente capitalista, con tintes personalistas, en función de la importancia del intuitu personae (así SS. de 25 de mayo de 1959, 24 de abril de 1963 y muchas otras posteriores).

Ahora bien, esta idea preconcebida ha de ponerse, cuanto menos, en cuarentena. Las innovaciones introducidas en la SA (acciones sin voto, cláusulas limitativas a la libre transmisibilidad, prestaciones accesorias...), y la polémica en la SL sobre si es libre un sistema de absoluta libertad de transmisión de las participaciones, hacen que ésta pueda ser menos capitalista que una determi-

nada SL. El único criterio estructural distintivo de la SL ha de ser, pues, el carácter necesariamente cerrado (polémico) y su número necesariamente reducido de socios.

C) NO DISTINCIÓN ENTRE ESCRITURA Y ESTATUTOS

La LSA parte de una distinción tajante entre escritura y estatutos.

La LSA, antes (como ya señaló agudamente la R. de 7 de diciembre de 1956) y después de la reforma, parte de una unidad (aunque en la práctica muchas veces se distingue una de otra). Ello determina que para modificar cualquier extremo de la escritura, se exijan unas mayorías reforzadas. Así se plantean cuestiones con relación a:

1) Separación del administrador nombrado en el acto constitutivo que, al estar incorporado a la escritura, exige mayoría de modificación de ésta, cuando no tiene sentido hacerlo diferente de los nombrados posteriormente, salvo, caso de distinguirse entre escritura y estatutos, si el nombramiento formara parte de éstos.

Así se deduce de los artículos 12 y 13 LSRL, si bien el 174.15 del RRM (infringiendo palmariamente el principio de legalidad, pues su contradicción con el precepto legal es frontal) palía este inconveniente, disponiendo que en la inscripción del administrador inicial, pueda hacerse constar si éste puede ser revocado por acuerdo de socios que representen más de la mitad del capital social.

2) Acuerdos unánimes. En base a determinados preceptos aislados, la doctrina (siguiendo autores franceses) ha elaborado una categoría especial de supuestos que, por afectar a la base del propio contrato societario, no parece suficiente una mayoría cualificada, sino que se exige unanimidad (es decir, que voten a favor todos los presentes, siempre que en todo caso se cumplan las mayorías del artículo 17 LSRL). Así se suele apuntar:

—devolución de aportaciones cuando no se haga por igual a todos los socios (art. 19 fine),

—exclusión extrajudicial de un socio, sin que participe en tal votación el socio excluido: 175 RRM y R. 13 de enero de 1984.

—modificación y extinción de las prestaciones accesorias, al ser un pacto accesorio al contrato de sociedad.

D) IMPORTANCIA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

El carácter flexible de la Ley y su corta regulación legal hace que tenga gran importancia la voluntad de los socios a la hora de configurar la sociedad. Así el 7.10 LSRL y 174.14 RRM señalan que la escritura y la inscripción contendrán los pactos y condiciones que los socios juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la SRL.

Este último inciso es nuevo, pues no está en la LSRL, aunque podía extraerse de su propio contexto.

Las cuestiones más interesantes que se plantean son con relación a los siguientes supuestos:

a) ESTABLECIMIENTO DE PRIVILEGIOS EN LA SL. La SA expresamente admite que puede haber acciones que confieran diferentes derechos y obligaciones. El artículo 1 LSRL habla que las participaciones sociales son “iguales”, y asimismo el artículo 27 prohíbe todo privilegio en el derecho al dividendo, a salvo de las prestaciones accesorias.

¿Puede de aquí inducirse un criterio general de uniformidad en los derechos y obligaciones? Dos tesis caben mantenerse:

—quienes estiman que el concepto de igualdad del artículo 1 debe de referirse al valor de las participaciones, y que, por tanto, y a salvo de lo dispuesto en el artículo 27, caben establecerse privilegios. Línea que sigue CARLON.

—o quienes estimamos que la palabra “participación” del artículo 1 debe de entenderse igual que acción, en la SA, y que la acción puede analizarse no sólo como título sino también como derechos y obligaciones inherentes a la cualidad de socio, lo que implica el deber mantener un criterio de estricta igualdad.

b) PACTO DE LIBERTAD DE TRANSMISIÓN DE PARTICIPACIONES SOCIALES. Problema planteado desde la publicación de la Ley de 1953. Se han planteado las siguientes posturas:

—quienes admiten la cláusula en cuestión, pues el artículo 20 tiene carácter dispositivo (VELASCO ALONSO, BALLARÍN, GIRÓN TENA). Así R. 14 de marzo de 1957.

—quienes señalan que no es admisible, pues el artículo 20 permite alterar las condiciones de transmisibilidad, pero no hacerlo totalmente libre, pues

altera un principio configurador de la SL, cual es su carácter cerrado (SOLA CAÑIZARES, CARLON, la sentencia TS. de 29 De enero de 1983 y la R. 10 de julio de 1984), tesis ésta que parece reforzada por el hecho que la Exposición de Motivos del Anteproyecto hablara de la SL como “sociedad cerrada”.

E) REMISIÓN A LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS

Uno de los problemas más arduos que planteó la aplicación de la LSRL fue la aplicación supletoria de la LSA. El antiguo 3.2 disponía que, a falta de norma, se aplicaría subsidiariamente el CCo, sin referirse para nada a LSA. El tema es de gran trascendencia, dado el mayor cuerpo legal de la SA, y la más elaborada doctrina jurisprudencial de la LSA.

El Anteproyecto mantuvo, sustancialmente, este criterio, pero el nuevo 3.2 dispone sólo que “se regirán por los preceptos de esta ley”. Además, diversos artículos de la LSRL se remiten directamente a la LSA (artículos 6, 11, 15, 24, 26, 28, 29 y 30).

Por todo ello ¿debe de entenderse que la LSA es de aplicación supletoria, siempre que lo permita la específica naturaleza de la SL, que como hemos visto, es prácticamente idéntica a la SA? A mi juicio, la respuesta ha de ser afirmativa, pues:

—el cambio de redacción del Anteproyecto a la ley debe de entenderse significativo.

—el artículo 177 RRM, aunque referido al campo adjetivo, señala la aplicación supletoria de los preceptos del RRM relativos a la SA, y todos sabemos la importancia del RRM como encauzador y aclarador de los preceptos sustantivos.

II. EXAMEN CONCRETO DE LAS INNOVACIONES INTRODUCIDAS CON LA LEY DE ADAPTACIÓN

Una vez analizadas las cuestiones generales, entremos en el estudio concreto de las innovaciones. En algunos temas, aunque la norma no haya cambiado, sí puede dar lugar a cuestiones nuevas, por lo que también serán objeto de análisis.

OTERO LASTRES, comentando el Anteproyecto, distinguía tres tipos de normas:

a) Aquellas que se han limitado a adaptar la LSRL a las exigencias de las Directivas Comunitarias; así los artículos 6 (actos y contratos anteriores a la inscripción y régimen de nulidad), artículo 11 (administradores), artículo 26 (cuentas anuales), artículo 28 (fusión), artículo 29 (escisión), artículo 30 (disolución).

En todos ellos, la adaptación se ha hecho por la vía más fácil, que es remitiéndose a la LSA. En consecuencia, no vamos a entrar a profundizar en ellos, habida cuenta que han sido ya objeto de estudio en otros lugares.

b) Aquellas que tratan de perfilar el nuevo tipo societario; así la exigencia de un capital mínimo.

c) Aquellas que tratan de mejorar la regulación de las SL, y en particular, a reforzar la situación jurídica del socio: rebaja de la mayoría exigida para convocar Junta (artículo 15), exigencia de documento público para transmitir, así como la supresión de la inscripción en el Registro Mercantil (artículo 20), llevanza de libro de socios por los administradores (art. 22)...

Analizado esto, pasamos al estudio de las innovaciones concretas:

A) DENOMINACIÓN.— Tan sólo señalar como novedades:

—se exige que junto al nombre conste SRL o SL, dándose carta de naturaleza a las abreviaturas SRL o SL, tan empleadas en la práctica.

—ha de ajustarse a las normas que sobre la denominación social contiene la Sección 2ª, Capítulo III del Título IV del RRM.

B) OBJETO SOCIAL.— a) El derogado artículo 3 disponía que la SL no podía tener por objeto la representación de intereses colectivos, profesionales o económicos, atribuidos a otras entidades por la ley con carácter exclusivo.

Hoy se suprime, pero a mi juicio subsiste el fondo, por lo inútil del precepto derogado. Si la ley exige otra forma con carácter exclusivo, es evidente que la SL es inapta.

b) La remisión del artículo 174.3 RRM al 117 del RRM impide que en el objeto social aparezcan términos tan frecuentemente usados, después de describir el objeto:

—“los actos jurídicos necesarios para la realización o desarrollo de las actividades indicadas en él”.

—“la realización de cualesquiera otras actividades de lícito comercio”.

Estas expresiones son consideradas como innecesarias, dado el principio de capacidad general de la sociedad.

C) CARÁCTER DE LA PARTICIPACIÓN SOCIAL.— En la SL, el capital social está dividido en participaciones iguales, acumulables e indivisibles, que no pueden incorporarse a títulos valores ni denominarse acciones.

No vamos a entrar en el polémico tema de la naturaleza de la participación. Sólo resaltar:

—que es un valor mobiliario, y que por tanto la transmisión de participaciones sociales debe entenderse incluida en la exención del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales del artículo 108 LMV, pues el tenor literal del precepto habla de “valores admitidos o no a negociación en un mercado secundario oficial”, lo cual cumplen las participaciones sociales.

—no tiene la naturaleza de un título valor (es clara en este sentido la R. de 25 de mayo de 1987, rectificando la errónea doctrina de la R. 2 de marzo de 1965). Por ello, siendo ganancial, deben transmitir los dos cónyuges, por aplicación del artículo 1.377 CC, no siendo aplicable el 1.384 CC. (R. 25 de mayo de 1987).

—el hecho que no pueda incorporarse a un título negociable no implica que, voluntariamente, pueda representarse o documentarse en un título o anotación en cuenta, si bien este documento no tendrá nunca más valor que un simple resguardo, sin que incorpore el derecho de socio.

D) NÚMERO MÍNIMO DE SOCIOS.— La LSRL no contiene declaración expresa al respecto, por lo que, por aplicación del artículo 116 CCo bastan dos personas para constituir la, aunque sean esposos y casados en régimen de gananciales (así la doctrina de las RR. de 6 y 13 de junio de 1983). Si sólo hubiera un socio, la sociedad sería nula (art. 6 LSRL en relación 34 LSA).

Ahora bien ¿es necesario que siempre haya al menos dos socios? ¿Cuál es el régimen de la sociedad unipersonal? El tema no es nuevo, y no hay ninguna novedad en cuanto a los preceptos a aplicar. Ahora bien, la especial regulación

que de la unipersonalidad hacen la Primera y la Segunda Directivas Comunitarias aconsejan volver sobre la cuestión. Dichas Directivas señalan que no es causa de disolución por sí misma y si con arreglo a la ley pudiera ser declarada su nulidad, el Juez concederá un plazo suficiente para reorganizar la Sociedad.

Dos son las cuestiones cruciales:

—¿es válida la sociedad unipersonal? ¿La concentración de las participaciones en una sola mano da lugar a la disolución de la Sociedad?

—admitiendo la unipersonalidad: cuál es el régimen de responsabilidad de tal sociedad.

En relación con la primera cuestión, señalar:

—Si es una situación buscada desde el principio para eludir el principio general de responsabilidad universal, estamos en un supuesto de abuso de forma que, constatado, daría lugar a la nulidad de la sociedad, ex. art. 34.d) LSA. Más propiamente estaríamos en un caso de simulación, si bien los vicios del consentimiento no están recogidos como causa de nulidad de las sociedades. Ésta es, en gran medida, la doctrina moderna que está siguiendo el TS. con la doctrina del “rasgamiento del velo”.

—Si se produce por circunstancias sobrevenidas: el artículo 13 del Anteproyecto, referido a SA admitía expresamente la unipersonalidad, si bien dicho precepto desapareció en la LAD, y no contiene ninguna alusión a tal supuesto la LSA.

La R. 22 de noviembre de 1957 (referida a SL, y citando TS de 3 de octubre de 1955 y la Exposición de Motivos de la LSA de 1951) señalaba que tal concentración no era causa, por sí, para la disolución, mientras pudiera volverse a la normalidad; la R. 7 de julio de 1980 declaró inscribible la venta de participación de un socio a otro, que quedaba como socio único. Las RR 13 y 14 de noviembre de 1985 (referidas a SA), muy discutidas, denegaron la inscripción de un aumento de capital por socio único, alegando que con ello se tendía a perpetuar la situación de unipersonalidad.

A mi entender, no obstante no haberse producido ninguna reforma normativa al respecto, debe de admitirse sin limitaciones la sociedad unipersonal, en línea con las Directivas Comunitarias y con las reformas del derecho italiano, alemán (reforma de 1980), francés (reforma de 1985). Así también ROMERO GONDRA, BISBAL, ALONSO UREBA...

—Admitiendo la unipersonalidad, ¿cuál sería el régimen de responsabilidad del socio único?

Un sector doctrinal, basándose en el principio general de responsabilidad universal, señala que debe ser ilimitada. Así BISBAL MARTÍNEZ, apoyándose en el 285.2 CCo, y en tal sentido TS 27 de noviembre de 1985. Ésta era la redacción primitiva del Anteproyecto.

Otro sector, al cual me apunto, defiende la limitación de responsabilidad, siempre que no haya abuso en la forma, por ser ése el sistema normal de responsabilidad y ser ésta una situación normal. Por otro lado, y dado que la unipersonalidad no es publicada por el RM, tampoco puede considerarse perjudicado el tercero que, al contratar con la sociedad, sabe que sólo va a poder hacer excusión de los bienes sociales.

E) NÚMERO MÁXIMO DE SOCIOS.— La flexibilidad de la SL se justifica por el número pequeño de socios, que no puede exceder de cincuenta. En la propia escritura puede aún reducirse más. Asimismo contienen limitaciones las leyes francesa y belga, pero no la alemana ni la italiana.

En situaciones de comunidad sobre una acción, debe estimarse que sólo hay un socio. Así el artículo 1 considera la participación como “indivisible”, e igual conclusión puede deducirse del artículo 23 LSA como del derogado artículo 123 RRM. (así la R. 16 de noviembre de 1961).

Si algún socio transmitiera sus participaciones, y como consecuencia resultaran ser más de cincuenta socios, el título sería nulo, a menos que, constituyendo comunidades de participaciones, se redujera su número al máximo permitido.

La supresión de la inscripción de las transmisiones de participaciones en el RRM plantea problemas adicionales, a resolver ahora por los administradores de la sociedad, quienes llevan el libro de socios (art. 22).

Si diversos socios, al transmitir sus participaciones, dieran lugar a más socios de los permitidos, computadas ambas conjuntamente pero no por separado, el administrador habría de tener en cuenta la fecha auténtica de los títulos de transmisión, que sería:

—en caso de transmisión inter vivos, la fecha del documento público.

—en caso de transmisión mortis causa, la fecha del fallecimiento, dado el principio del art. 657 CC, cualquiera fuera la fecha del documento particional.

En consecuencia, procederá a la toma de razón en función de fechas. Pero si practicada una, se presentare otra de fecha cierta anterior, habría de dejar sin efecto la primeramente realizada, aunque mantuvieran su valor los actos realizados por el socio que tuvo inscrito su derecho de socio, pues la toma de razón es el presupuesto para el ejercicio de los derechos de socio (art. 22 LSRL). Ello se deduce:

—de la falta de carácter constitutivo de la toma de razón en el libro de socios, que sólo es un título legitimador para el ejercicio de los derechos de socio.

—falta de un principio de prioridad, lo cual hace que haya de acudir a la prioridad civil.

F) CAPITAL SOCIAL MÍNIMO Y MÁXIMO

a) La ley establece como capital mínimo QUINIENTAS MIL PESETAS, cifra ésta que debe de considerarse de pura viabilidad, pues no parece que pueda constituirse y operar una sociedad con menos de 500.000 pesetas.

b) La ley suprime el máximo de CINCUENTA MILLONES DE PESETAS (en armonía con el Derecho comparado), por lo que la SL puede ser apta para grandes empresas con un pequeño número de socios.

G) NOVEDADES EN ORDEN A LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN

1) Necesariamente debe de expresarse el Órgano competente para la creación de sucursales, agencias y delegaciones (174.6 RRM), sin que a mi juicio exista contradicción con el artículo 7 de la LSRL al decir que en la escritura se expresarán los lugares donde vayan a establecerse sucursales, agencias o delegaciones, pues dichos lugares pueden ser determinados de forma posterior por el órgano competente.

2) En cuanto a la expresión del nombre del cónyuge del socio, creo que tal circunstancia es exigible en la escritura de constitución, por aplicación del artículo 159 RNot, pero no así en la inscripción, habida cuenta que el artículo 38 RRM exige tan sólo la constancia del estado civil, extremo que estimamos criticable, debiéndose haber seguido la práctica anterior, en la que supletoriamente era aplicable el RH, y en concreto el artículo 51.9.2.

3) En cuanto a la necesaria expresión de las personas que van a ejercer la administración, señalar que tal circunstancia era ya exigida por la legislación

derogada (vid. art. 120.8 RRM) a diferencia de las SA en las que era posible inscribir una SA sin administradores, al exigirse tan sólo la designación del Órgano administrativo, pero no las personas que ejercían tales cargos.

Ahora bien, en el sistema anterior, y referido a SL, bastaba que en la escritura se hicieran constar el nombre de los administradores, pero no su aceptación, que podía realizarse en un momento posterior o no hacerse nunca, lo que podía dar lugar a sociedades sin administradores.

La nueva legislación ha considerado poco deseable tal supuesto, y ha exigido que para inscribir un administrador es preciso que conste su aceptación (art. 141 RRM), lo que exige que para su inscripción conste tal aceptación, que sigue siendo posible hacerla en la misma escritura de constitución o en acto posterior. Ello nos plantea interesantes cuestiones:

—si el órgano administrativo es un administrador único, parece evidente que no puede ser inscrita la Sociedad mientras no acepte su cargo el nombrado.

—si son dos administradores mancomunados, hasta que no acepten los dos.

—si son dos o más administradores solidarios, creo suficiente que constara la aceptación de dos (pues uno solo, aunque podría actuar por sí solo, nos llevaría a un sistema de administrador único, y el 124 RRM exige que conste en la escritura la estructura del Órgano administrativo). Si fueran más de dos los nombrados, creo que sería suficiente para su inscribibilidad que aceptaran dos, sin perjuicio de hacerse constar posteriormente la aceptación de los demás, en su caso.

—si fuera Consejo de Administración, el tema es más complejo. Así cabría mantener:

- que es preciso que constara la aceptación de todos sus miembros, al actuar como Órgano colegiado.

- o bien considerar, y es ésta nuestra tesis, que bastaría que constara la aceptación de un número suficiente que permitiera el funcionamiento del Consejo y la toma de acuerdos válidos (para lo que habría que consultar los Estatutos o la ley).

4) Parece evidente que no es necesaria la expresión de la cuantía aproximada de los gastos de constitución (el 174 no lo contempla, a diferencia 114.3 RRM).

5) En la escritura debe de constar que el Certificado Original (no vale testimonio) negativo de denominación del Registro Mercantil Central queda incorporado a la matriz, no siendo reglamentario que se acompañe a la primera copia (378.3 RRM). Además:

—debe estar expedida a nombre de un fundador o promotor (378.2), con lo que se quiere acabar con el tráfico de Certificaciones negativas de denominación.

—es irrelevante que el Certificado sea para una SA o SL habida cuenta que el Certificado asegura que no hay otra Sociedad con idéntica o análoga denominación, cualquiera sea la forma jurídica que adopte (372 RRM).

H) APORTACIONES DE LOS SOCIOS. Una de las principales críticas que pueden hacerse a la LAD es que no haya abordado la reforma del artículo 8, o haberse remitido a la LSA.

Como cuestiones interesantes, plantear:

—aunque haya vacío normativo, debe estimarse aplicable la doctrina de la SA sobre la aportación de trabajo, así como doctrina jurisprudencial sobre la aportación de bienes inmateriales (en particular la doctrina sobre la aportación de fondo de comercio de la R. 31 de octubre de 1986).

—no se precisa acreditar la veracidad de la aportación dineraria ni el informe preceptivo para la aportación no dineraria, exigidos ambos por la LSA.

PRESTACIONES ACCESORIAS.— La LSRL de 1953 contiene una referencia expresa a las aportaciones no dinerarias en el artículo 10, las cuales según unánime doctrina y R. 7 de abril de 1981 pueden ser generales (referidas a todos los socios) o particulares (a alguno o algunos).

Dicho precepto no regula, a falta de precepto estatutario, el régimen de la transmisión de participaciones por socio obligado a realizar prestaciones accesorias, y el efecto de tal transmisión respecto de la obligación de prestarla.

Así se afirmaba que la transmisión de las participaciones ha de ser posible, al no admitirse cláusula estatutaria que prohíba la transmisión (artículo 20), y sin apoyo estatutario, parece difícil exigir autorización de la Sociedad. Pero, transmitida la participación, ¿qué pasa con la obligación de realizar la prestación accesoria? Caben señalarse las siguientes posturas:

—considerar que no hay que prestarla, pues al ser accesorio a la cualidad de socio, si deja de ser socio, queda extinguida la obligación. Criticable, pues (i) sería dejar el cumplimiento de la obligación al arbitrio de una parte, lo que no es admisible (ii) la prestación es accesorio al contrato de sociedad, no a la cualidad de socio.

—SÁNCHEZ CALERO estima que, salvo que sea personalísima, la transmisión de la acción conlleva la de la prestación, lo cual, además de ignorar el artículo 1.206 CC plantea la cuestión de qué pasa si sólo se transmite una parte de las participaciones del socio obligado a prestarla.

—considerar que subsiste la obligación para el transmitente, pues no se puede transmitir pasivamente una obligación sin el consentimiento del acreedor (1.206 CC). En esta línea BARBA DE VEGA. Ahora bien, por aplicación a las reglas sobre el pago, si así se hubiera pactado en la transmisión, lo podrá realizar el adquirente (1.158 CC), y deberá la Sociedad admitirlo, salvo que fuera una prestación personalísima (1.161 CC).

La LAd no contiene ninguna novedad en esta cuestión en la SL, pero sí en la SA, donde se regulan ex novo, disponiendo el artículo 65 LSA que la transmisión, en este caso, salvo disposición en contrario de los Estatutos, quedará condicionada a la autorización de la Sociedad. Nada dice respecto de qué pasa con la prestación, pero hemos de estimar que se diga otra cosa, se transmite la obligación de prestarla, salvo que, dado su carácter personalísimo, se extinga.

¿Es este régimen aplicable a la SL? Al haber identidad de razón, hemos de concluir que sí, si bien reconocemos que nos gustaba más la solución anterior. Ahora bien, por aplicación del artículo 63 LSA, es preciso que en la escritura consten las razones que permitan a la Sociedad denegar la autorización, pues de otra forma seguirá vigente, a mi juicio, el sistema anterior.

I) TRANSMISIÓN DE PARTICIPACIONES.— La Ley de 1953 exigía escritura pública e inscripción en el RM. La LAd modifica sustancialmente la materia, pues sólo se exige documento público. Veamos las diferencias:

A) EXIGENCIA DE DOCUMENTO PÚBLICO.— Novedad de la LAD, pues el Anteproyecto (al igual que el derecho comparado) exigía escritura pública.

El término documento público es más amplio que el de escritura pública, pues junto al documento autorizado por Notario, lo son asimismo el autorizado por Cónsul en funciones notariales, por Corredor de Comercio, y los documentos judiciales y administrativos.

La cuestión práctica más importante es la admisión, tratándose de título de compraventa (pues en otro caso quedaría fuera del oficio del fedatario) de contrato intervenido por Corredor de Comercio.

Lo mismo cabe predicar respecto de la constitución de derechos reales sobre participaciones sociales. La LSRL sólo se refiere a la prenda de acciones, pero puede generalizarse a todos los demás por aplicación del artículo 1.280.6 CC.

La reforma debe de estimarse precipitada, pues a diferencia de los Notarios (que tienen obligación de redactar el documento) los Corredores de Comercio no tienen tal obligación, y no parece fácil que por las SL o por sus socios (generalmente pequeñas sociedades) puedan redactarse documentos que pueden ser enormemente complejos (máxime por la existencia de cláusulas limitativas a la transmisibilidad de participaciones sociales).

CARÁCTER DE LA EXIGENCIA DE FORMA.— Toda la doctrina, de forma unánime, ha considerado que las exigencias de forma del artículo 20 son ad solemnitatem. La R. 2 de febrero de 1979 flexibilizó, a mi juicio inadecuadamente, esta exigencia, referida a transmisiones mortis causa.

B) SUPRESIÓN DE LA NECESIDAD DE INSCRIPCIÓN EN EL RM. La LAD produce una modificación sustancial del RM. En la parte que ahora nos ocupa, señalar que se suprime todo vestigio de Registro de bienes. En consecuencia, deja de tener sentido la inscripción de las transmisiones de participaciones, o de derechos reales establecidos sobre los mismos, en el RM.

El artículo 22 regula asimismo la llevanza de un libro de socios, a cargo de los administradores, en la que irán tomando razón todas las transmisiones y derechos reales constituidos sobre las participaciones sociales.

—a diferencia del RM anteriormente, la toma de razón en este libro no tiene carácter constitutivo. Tan sólo permite al socio el ejercicio de los derechos de socio.

—al no ser un registro de carácter jurídico, no puede exigirse de forma rígida un principio análogo al antiguo “tracto sucesivo”. En consecuencia, si se presentan varias transmisiones encadenadas, basta con inscribir la última.

—tampoco debe ser defecto que impida la toma de razón la falta de presentación en Oficina Liquidadora.

—el efecto de la toma de razón es permitir al socio ejercitar sus derechos de socio, sin que ninguno pueda pretender que se admita se le tenga por socio, si no ha inscrito su adquisición. Ahora bien, a mi juicio es claro que si la sociedad, si tiene conocimiento cierto de la existencia de una transmisión no inscrita, puede admitir el ejercicio de los derechos de socio por el adquirente, pues el 22 se limita a decir que el socio no inscrito ni puede pretender el ejercicio de los derechos de socio, pero no que vincula a la sociedad.

—los socios pueden pedir Certificación de sus participaciones en la Sociedad, y los administradores deben de proporcionarla. Esta Certificación tiene un mero carácter probatorio, y en ningún caso puede sustituir al título de adquisición de la participación.

El cambio de sistema no deja de plantear importantes problemas de Derecho transitorio. A mi juicio se ha de tener en cuenta:

—que el antiguo artículo 20 era de carácter constitutivo, como queda dicho. En consecuencia, toda transmisión de participaciones sociales anterior a 1 de enero de 1990 debe de ser inscrita en el Registro Mercantil, cualquiera que sea el momento en que se presente a éste.

—el libro de socios que regula la ley debe de partir de la situación registral anterior a 1 de enero de 1990, no admitiendo la toma de razón anterior a 1 de enero de 1990 que no haya sido inscrita en el RM.

—las nuevas transmisiones que reúnan los requisitos de forma del nuevo artículo 20 deben de ser recogidas en el libro, pero siempre que partan de titular inscrito en el libro.

La supresión de la inscripción de la transmisión de participaciones y de la constitución de derechos reales sobre las mismas en el Registro Mercantil trató de justificarse para dar mayor agilidad a la transmisión de las mismas (lo que parece incompatible con su propia naturaleza de no ser un título esencialmente negociable), así como para no suponer un agravio comparativo económico respecto de las acciones de la SA. Pero tal supresión, a mi juicio precipitada, no deja de plantear incógnitas:

—dificulta el control de no excederse el número máximo de socios.

—exige una formación jurídica sólida por parte de la persona encargada de la llevanza del libro de socios, que si puede justificarse en la SA por su

dimensión, tiene menos explicación en la SL, destinada en principio a la pequeña empresa, máxime cuando los problemas que plantea la transmisión de participaciones son más complejos (necesidad de intervención del cónyuge en función del régimen económico, limitaciones a la libre transmisibilidad, su no incorporación a títulos negociables,...).

—pero el tema sin duda más preocupante es la desprotección del tercero, que antes podía acudir al Registro Mercantil a enterarse de la composición de socios de una Compañía, y ahora sólo puede dirigirse al libro de socios, y el artículo 22 sólo regula el derecho de los socios a obtener certificación de su contenido, pero no de los terceros, pero no del tercero.

J) CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE LA TRANSMISIBILIDAD. Reguladas por los artículos 20 y 21 LSRL, que no tienen más innovación que en materia de documentación de la transmisión de participaciones sociales. En todo caso, su carácter es dispositivo.

Ahora bien, la LSA ha regulado de una manera mucho más completa la validez de las citadas cláusulas limitativas. El 174.11 RRM señala, en relación a la SL, que la inscripción de tales limitaciones se hará con sujeción a lo previsto en el artículo 123 RRM. Por ello:

a) Si la transmisión quedara condicionada a la aprobación por la Sociedad, sólo será inscribible si en la escritura se contuvieran las causas que permitan denegarla.

No se admiten cláusulas de consentimiento por terceras personas, con lo que se acaba con la posibilidad, admitida abiertamente por algún sector doctrinal de que para transmitir participaciones se exija el consentimiento de los demás socios o de alguno de ellos o de la mayoría.

b) Si se estableciera derecho de preferente adquisición a favor de otros socios o de la sociedad, hemos de tener en cuenta:

—no cabe impedir que el socio obtenga el valor real de su participación. Por tanto no es válida la cláusula que fije el valor nominal como precio para el ejercicio del derecho de preferente adquisición.

—en el caso de que se establezca a favor de la sociedad, no será admisible que el valor sea fijado por los administradores, pues chocaría con el artículo 1.449 CC.

—la referencia al tercer perito nombrado por el Juez no ha sufrido modificación. Ahora bien, teniendo en cuenta la desjudicialización de esta materia en la LSA y en el RRM, parece evidente la admisibilidad de pacto estatutario de que tal perito sea nombrado por el Registrador Mercantil.

—son válidas las limitaciones estatutarias que limiten la transmisión voluntaria de acciones por plazo superior a dos años, a contar desde la fecha de constitución de la sociedad.

K) SEPARACIÓN DE UN SOCIO.— Se ha planteado por la doctrina la posibilidad de rescisión parcial del contrato de sociedad respecto de uno o varios socios, ya de forma voluntaria (derecho de separación), ya impuesta (exclusión de socio).

A) DERECHO DE SEPARACIÓN.— ¿Existe un derecho voluntario a separarse de la SL?

—el artículo 225 CCo parece admitirlo en el caso de que la sociedad esté constituida por tiempo indefinido.

—la LSA lo contempla en el caso de cambio de objeto (147 LSA).

Ahora bien, la falta de regulación específica de tal derecho en la LSRL, así como la posibilidad de salirse de ella vía transmisión de participaciones sociales nos hace pensar con CÁMARA la inexistencia de este derecho.

B) EXCLUSIÓN DE UN SOCIO.— A diferencia de la LSA, la LSRL sí regula en el artículo 31 la exclusión de un socio.

Este precepto no ha sufrido modificación, si bien el RRM ha introducido un precepto nuevo para regular su inscripción (175 RRM).

L) NOVEDADES RELATIVAS AL ÓRGANO DE SOBERANÍA.— Como novedades de la reforma, cabe señalar:

1) Se reduce el número de socios que pueden pedir la convocatoria de Junta General, que pasa de una cuarta parte a una décima parte, salvo que la escritura reduzca esta proporción o señale, en la minoría que fije, la necesidad de computar el mismo porcentaje respecto al total de socios.

Con ello se refuerza el poder de la minoría.

2) Creo que debe atemperarse la rígida doctrina mantenida por alguna STS, en el sentido de la validez de la Junta de un solo socio, bien porque sólo hay un socio, bien porque habiendo varios uno sólo concurre, siempre que reúna las mayorías exigidas para constituirse en Junta y adoptar acuerdos válidamente.

3) En cuanto a la Junta sin presencia física, el 174.9.2 RRM exige que figure en Estatutos los medios y garantías establecidos para asegurar la recepción en tiempo hábil de la petición de voto y la autenticidad del emitido, y su conservación, así como el plazo concedido para el ejercicio del derecho de voto.

4) Novedades en cuanto a la JUNTA UNIVERSAL:

a) Ha de estar presente o representado todo el capital social. Cabe por tanto la representación en la Junta Universal que, si bien admitida doctrinalmente, no tenía apoyo legal, y que, desgraciadamente, no ha recogido el artículo 99 LSA, aunque su validez, aun en este caso, sea, a mi juicio, indudable.

b) Tampoco parece exigirse la reunión, bastando la presencia. En consecuencia, parece viable la Junta Universal sin reunión física, siempre que tal sistema sea admisible. En este caso, sería preciso que constara con claridad la voluntad de celebrar Junta Universal, con los asuntos a tratar, y el voto emitido. En tanto no sea aprobada por todos, la Junta no sería válida. Asimismo dada la conformidad por un socio, no puede volverse atrás, quedando vinculado por la decisión adoptada.

5) No se modifican los regímenes de mayorías. Estimo que sigue siendo de aplicación:

—que en los Estatutos, que deberán contener la forma de adoptar acuerdos, se exijan mayorías más estrictas que el simple régimen de mayoría simple de la LSRL (más votos afirmativos que negativos, sin que se computen las abstenciones o los votos en blanco).

—¿Es posible asignar un voto de calidad al administrador o Presidente en caso de empate?

- antes de la Reforma, el tema parecía resuelto, al permitirlo la D.G.R.N. en R. 13 de enero de 1984.

- Después de la Reforma, el tema ha tomado nuevos aires:

(a) Un sector manifiesta que tal cláusula ya no es admisible, habida cuenta la remisión que el artículo 15.fine hace a la Junta de la SA y ser de aplicación

la reiterada doctrina de que en la SA no cabe tal voto de calidad, al implicar una acción de voto plural, prohibido por la antigua LSA (art. 38.2). Hoy tal criterio sigue siendo aplicable pues, si bien es cierto que ha desaparecido dicho precepto, al admitirse las acciones sin voto, para la creación de tales privilegios es preciso que se cumplan las cautelas exigidas por la LSA.

(b) otro sector, en el que me encuadro, sigue manteniendo la validez del voto de calidad, sobre la base:

—que la aplicación de la LSA es supletoria, y difícilmente puede explicarse un cambio tan radical en base a la supletoriedad, sin un precepto legal que lo ampare.

—pero lo que es más, estimamos válido tal voto de calidad en la SA, habida cuenta la supresión del artículo 38 LSA. Una cosa es la acción sin voto (que exige el cumplimiento de determinados requisitos) y otra cosa el voto de calidad (aunque de facto suponga un voto plural).

—y además es una forma de facilitar la gobernabilidad de la SL, en la que frecuentemente el número de socios es escaso y, por tanto la posibilidad de empates es mayor.

6) También pueden plantearse cuestiones interesantes con referencia a pactos de sindicación en sentido propio, es decir, los relativos a la cesión de derechos políticos (y en concreto, del derecho de voto), pero su análisis, común, por otra parte, a los que se plantean en la SA, excede con mucho del espacio disponible, por lo que nos remitimos a lo que, en tema de SA, se dice sobre la cuestión.

7) En todo lo regulado por la LSRL, se regirá dicha Junta por lo dispuesto en la LSA.

—no parece que sea posible excluir el sistema legal de convocatoria primera y segunda por uno de convocatoria única, en la que los regímenes de mayorías sean los previstos por la ley para la segunda convocatoria.

—algunos autores señalan que por aplicación de las normas sobre SA deberán fijarse quorums de asistencia, doctrina que no me parece ajustada al espíritu de la SA que fija mayorías para adoptar acuerdos, pero no exige quorums concretos (criterio por otra parte criticable, habiéndose perdido la oportunidad de haberlo establecido, de forma similar al sistema de las SA).

—que aparece por primera vez la exigencia de convocar una Junta Ordinaria, al menos, una vez al año, que no existía anteriormente.

—que la representación en la Junta es objeto de tratamiento específico en el artículo 16, más acorde con la extinguida LSA. No son aplicables las restricciones en el caso de solicitud pública de representación, ni la exigencia que las personas jurídicas designen a una persona física para el ejercicio de los derechos de socio.

—que es novedad la exigencia de fijar la forma de deliberar.

—que la documentación de acuerdos y su elevación a público se rigen por las normas LSA, lo que, por otro lado, se deduce del RRM, que los regula en las disposiciones aplicables a todo tipo de sociedades.

—que por fin se admite en caso de impugnación de acuerdos sociales que el trámite procesal sea el regulado en la LSA, y no el juicio declarativo que exigía la TS de 6 de abril de 1984.

M) NOVEDADES EN CUANTO A LOS ADMINISTRADORES

Con carácter previo, simplemente señalar que esta materia deberá ser objeto de otra Ley de Adaptación una vez sea aprobada la QUINTA DIRECTIVA Comunitaria, referida precisamente a Órganos.

a) Primeramente ha de existir (tema que ya ha sido tratado con ocasión de la escritura de constitución). La Sociedad ha de tener administradores desde un primer momento, no siendo válida la fórmula asamblearia de determinados estados americanos, ni tampoco que, aun transitoriamente, sus funciones sean asumidas por la Junta General, como señaló la R. 31 de octubre de 1989.

b) En cuanto a la determinación del Órgano administrativo, el art. 174.8 RRM exige que conste la estructura del Órgano administrativo, en los términos del poco feliz, a mi juicio, artículo 124 RRM. En consecuencia:

—Ha de desaparecer la práctica común de fijar en escritura o estatutos diversas formas de administración, correspondiendo a la Junta la facultad de optar por una u otra.

—Tampoco cabe ya la admisión de más de dos administradores mancomunados (muy extraño en la práctica), pero tampoco la más frecuente de fijar varios administradores, bastando para obligar a la Sociedad la firma de dos cualesquiera de ellos (que expresamente fue admitido, en SL, por la R. 20 de julio de 1966).

c) En cuanto a las facultades de los administradores, el artículo 11 se remite a la LSA. Ésta se basa en las Directivas Comunitarias y en el principio protector del tráfico. Ahora bien, de los dos sistemas de derecho comparado (germánico y latino), la LSA se ha decantado por un sistema mixto, próxima al italiano, y simplemente dejar apuntados los problemas de aplicación práctica planteados en Italia, con construcciones doctrinales y jurisprudenciales muy próximos, en cuanto a sus resultados, al sistema germánico.

Queda, en consecuencia, sin aplicación, la a mi juicio errónea doctrina de la TS 11 de octubre de 1975 y R. 7 de abril de 1981 sobre la posibilidad de fijar administradores, con facultades solidarias hasta cierta cuantía, y mancomunada cuando excedan.

d) En cuanto a las menciones personales de los administradores que han de figurar en el RM sigue figurando la edad, y si nos dirigimos al artículo 38 RRM, incluso debería figurar la fecha de nacimiento.

Datos a mi juicio excesivos y sin ver la necesidad de su reflejo, debiendo bastar la expresión mayor de edad, y su sola expresión tratándose de menores.

e) En cuanto al plazo de duración, el artículo 13 señala que el que fije la escritura, por lo que estimo cabe el nombramiento por tiempo indefinido.

f) En cuanto a la separación del administrador nombrado en la escritura constitutiva, el artículo 12 exige la mayoría cualificada del artículo 17. El RRM, con una legalidad más que dudosa, como ya se ha apuntado, dulcifica esta exigencia, permitiéndose que en la escritura fundacional se haga constar que puede ser separado por mayoría de socios (174.15 RRM).

g) En materia de incompatibilidad de los administradores, señalar que el artículo 12 LSRL establece un régimen más duro que la LSA, pues no podrán dedicarse, por cuenta propia o ajena, al mismo género de comercio que constituye el objeto de la Sociedad, y ello, como ha dicho el TS, S. 7 de noviembre de 1986, aunque no se cause perjuicio a la Sociedad. Prohibición, por otra parte, dispensable, tal y como dispone la R. 5 de noviembre de 1965.

h) En todo lo demás no regulado, así como en materia de impugnación de los acuerdos del Órgano administrativo, se estará a lo dispuesto LSA (art. 11).

- Tan sólo apuntar que el criticable sistema de elección proporcional concedido a la minoría en caso de Consejo (art. 137 LSA, siguiendo el antiguo art. 71) se extiende ahora, por esta vía, a la SL.

- En cuanto a responsabilidad de los administradores, se estará asimismo a la LSA.

N) CUENTAS ANUALES.— Hay una remisión general a la LSA en el artículo 26, con la única especialidad derivada del derecho de examen del socio, por sí o en unión de persona perita, de las cuentas anuales, en el plazo fijado (que no podrá ser inferior a quince días) y en la época que se fije (en otro caso, en todo momento).

Este derecho no podrá ser limitado por el hecho de ejercer la minoría el derecho de nombrar auditor.

A mi juicio hubiera sido quizá interesante, con carácter general para las SL, la posibilidad de utilizar balance abreviado, aunque la mayor parte de las SL estarán incluidas dentro de los supuestos que permiten su realización.

En esta materia téngase en cuenta la Disposición Transitoria 12ª del Real Decreto Ley 7/1989 de 29 de diciembre sobre medidas presupuestarias, financiera y tributaria, que dispone que durante los ejercicios 1991 y 1992 podrán formar balance abreviado aquellas entidades que en el ejercicio de 1990 cumplan los requisitos exigidos por la LSA.

Ñ) NULIDAD DE SOCIEDADES.— En esta materia, remisión a la LSA. Tan sólo señalar que las incorrecciones, tanto técnicas como prácticas, que se advierten en la LSA se extienden a las SL. En particular:

—en el caso de nulidad por incapacidad de todos los socios fundadores, debería abrirse el período de liquidación, y ser los propios incapaces los que, en Junta, acordaran el nombramiento de liquidadores y la aprobación de la liquidación, lo cual parece insólito e, incluso grotesco.

—en el caso de que no concurra la voluntad efectiva de más de un socio, parece más sencillo que la apertura de un período liquidatorio la transmisión global de activo y pasivo, que no exige liquidación.

O) ACTOS ANTERIORES A LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL.— El artículo 6 se remite a la LSA. De aquí deducimos:

a) Imposibilidad de transmitir las participaciones sociales antes de la inscripción de la Sociedad o de la inscripción del acuerdo de ampliación de capital

(no se refiere a él propiamente el artículo 6, pero por analogía debe de ser aplicada su doctrina).

b) Los actos y contratos no indispensables para la constitución de la Sociedad sólo vinculará a ésta si la acepta en el plazo de tres meses a partir de la inscripción.

c) Estimo sigue siendo válida la doctrina de la R. 2 de junio de 1986 de que es válida Junta General aun antes de que la Sociedad esté inscrita.

Aunque no se refiera a este epígrafe, señalar que en ningún caso puede estimarse aplicable el artículo 41 de la LSA, relativo a las adquisiciones de bienes en los dos años siguientes a su constitución que excedan del 10% del capital social.

P) MODIFICACIÓN DE LA ESCRITURA CONSTITUCIONAL. Tan sólo señalar la exigencia de mayorías cualificadas, como señala el artículo 17 de la Ley, salvo que los Estatutos exigieran otra superior.

La única novedad reseñable en esta materia es la referida a la prórroga de las Sociedades. El primitivo RRM exigía que la prórroga se inscribiera antes del término fijado para la Sociedad, lo que fue dulcificado por la doctrina de las RR. 4 y 19 de octubre de 1965 y 17 de octubre de 1967, señalando que bastaba estuviera otorgada la escritura de prórroga, aunque se inscribiera después.

Ahora, por analogía con lo dispuesto en el 205.2 RRM es preciso que la escritura esté otorgada y además presentada en el Registro Mercantil, pues de otro modo se producirá la disolución ope legis.

Q) FUSIÓN Y ESCISIÓN.— Remisión a la LSA. Simplemente señalar que la Ley no regula la llamada fusión impropia, o aquella en que se transmite globalmente activo y pasivo a un solo socio en caso de liquidación, y que la D.G. exigió publicidad análoga a la fusión (RR. 22 de junio de 1988 y 21 de noviembre de 1989).

R) DISOLUCIÓN.— La Ley distingue:

a) Disolución total: Iguales causas e iguales efectos que la SA (art. 30).

b) Disolución parcial, por consecuencia del ejercicio del derecho de separación ya analizado.

La disolución supone la apertura del período de liquidación, salvo que se produzca transmisión en bloque de activo y pasivo. La liquidación se practicará de conformidad con lo dispuesto por el CCo (art. 32 CCo). Remisión que no deja de ser criticable, pudiéndose haber hecho a la SA, mucho más moderna y completa.

La liquidación implica, antes de procederse al reparto del activo, la extinción del pasivo, sin que sea suficiente escritura en que los socios se adjudican el único bien social, sin previa extinción del mismo (R. 28 de julio de 1986).

III. JUICIO CRÍTICO A LA NUEVA REGULACIÓN SL

Gran parte de las consideraciones críticas pueden inducirse de lo dicho hasta ahora. En cualquier caso, dejar claro que se ha perdido una oportunidad para afrontar una reforma total de la SL y no simples retoques en su régimen jurídico.

A mi juicio cabría señalar a modo de resumen:

—falta de distinción entre escritura de estatutos.

—falta de un precepto sustantivo de aplicación subsidiaria de la LSA.

—la no admisión de desembolso parcial, tanto en la constitución como en las ulteriores ampliaciones, en igual línea que las legislaciones alemana e italiana.

—falta de regulación de transmisión de participaciones cuando llevan aparejadas prestaciones accesorias.

—falta de cautelas en materia de reducción de capital.

Asimismo, y aun cuando su cumplimiento sea exigido por las Directivas Comunitarias, me parece excesivo cargar al BORM con gran cantidad de datos relativos a SRL, que, dado su escaso número de socios y previsible pequeña dimensión, siendo suficiente la publicidad registral, así como me parecen excesivas las exigencias contables y de verificación de cuentas exigidas (aunque, en casi todos los casos podrán acogerse al balance abreviado).

El gran reto de las SL es ser atractivas a su potencial cliente. ¿Se podrá en el futuro invertir la relación entre SA y SL? La mayor parte de los autores se muestran escépticos, y el tiempo lo dirá. De todas formas, la exigencia desde el 27 de julio de un capital mínimo en las SA ha provocado un cambio sustancial. Mi experiencia práctica me dice que prácticamente se ha igualado el número de SA y SL constituidas, pero aún es pronto para calibrar el éxito de esta figura societaria.

No obstante el poco rodaje existente en la materia, sí cabe señalar que para las poco ortodoxamente llamadas sociedades de bienes (o en terminología fiscal, sociedad de tenencia de bienes), sin perjuicio de las consecuencias derivadas de su sometimiento a régimen de transparencia fiscal y del tenor literal del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores, sí parece adecuada la SL, al obviar los problemas derivados de la necesidad de la valoración del experto independiente, y de la trascendencia fiscal de tal valoración, no ya a los efectos de comprobación de valores en Operaciones Societarias del I.T.P. y A.J.D. (que tras el Decreto Ley de 25 de abril de 1985 no cabe), sino en el más peliagudo de cálculo de incremento patrimonial en el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas.

LAS SOCIEDADES COMANDITARIAS POR ACCIONES

En el vetusto Código de Comercio, la SCA estaba configurada como un tipo especial de sociedad comanditaria, y tan sólo el artículo 160 CCo trataba de ella.

La LAd introduce una regulación completa de la SCA, configurándola ya como un tipo nuevo, y no como una simple especialidad de la comanditaria ordinaria, introduciendo los artículos 151 a 157.

La realidad del tráfico, hasta ahora, había convertido a las sociedades comanditarias en verdaderas piezas de museo. Así, en 1987, de un total de 39.854 sociedades de todo tipo inscritas en el Registro Mercantil, tres fueron comanditarias. La situación en Europa es similar, pues sólo en Alemania y en Francia tienen cierta relevancia.

Observando la legislación comparada, vemos que hay dos grandes sistemas de configurar la sociedad comanditaria por acciones:

—el seguido por las legislaciones alemana y francesa, en las que la situación de los socios colectivos se aproxima a la sociedad regular colectiva, y la de los comanditarios a la de los accionistas de la SA, sistema que era seguido por el CCo en su parca regulación de la SCA.

—el seguido por la legislación italiana, que la considera como una sociedad capitalista, dividida toda ella en acciones, y en la que determinados socios responden ilimitadamente, ejercen la administración y disfrutan de un régimen de permanencia.

La SCA sigue el modelo italiano, y parte de la idea de colaboración entre uno o varios empresarios y uno o varios financiadores, y cuya función se limita a aportar, quedando la gestión en manos del empresario que, como corolario, responde ilimitadamente de las deudas sociales, y, además, que los derechos de socio de unos y otros están incorporados a títulos negociables denominados acciones. El artículo 151 CCo contiene, según es costumbre en el CCo, el concepto legal de tal Sociedad, o más bien, sus características: “La sociedad en comandita por acciones tendrá el capital dividido en acciones, que se formarán por las aportaciones de todos los socios, uno de los cuales, al menos, responderá personalmente de las deudas sociales como socio colectivo, en los términos previstos por los artículos 127 y 137”.

De aquí se deduce ya la contraposición entre dos tipos de socios:

—el denominado socio colectivo (si bien su situación jurídica difiere esencialmente de la del socio es la sociedad regular colectiva, como veremos), que responde ilimitadamente de las deudas sociales, y que es el único que puede llevar la gestión de la sociedad.

—los socios comanditarios, apartados de tal gestión, y que sólo responden con los bienes aportados.

ESPECIALIDADES DE SU RÉGIMEN JURÍDICO

a) REMISIÓN A LA LSA. El artículo 152 CCo dispone que se aplicará a la SCA la LSA, salvo lo que resulte incompatible con las disposiciones de esta sección.

En análogos términos, en el campo registral, el artículo 184 RRM.

Quizá criticar esta disposición por su simplicidad, pues la remisión, a mi juicio, debe hacerse teniendo por norte la propia esencia de la sociedad, y no solamente lo parco de la regulación legal.

b) SOCIOS.— No plantea especiales cuestiones. Tan sólo señalar:

—que pueden ser socios colectivos no sólo las personas físicas, sino también las jurídicas. El Anteproyecto de 1987 excluía, sin sentido, a éstas, lo que fue posteriormente enmendado.

—que ha de haber, al menos, un socio colectivo, que responda ilimitadamente. La falta de socio colectivo daría lugar a su disolución (157 CCo).

Pero ¿necesariamente ha de haber un socio comanditario, o lo que es igual, cabe pensar en una SCA en que sólo haya socios colectivos? En principio parece que estaríamos en una sociedad colectiva. Pero la postura ante tal interrogante ha de ser positiva, pues (i). Ningún precepto legal así lo exige, y no es causa de disolución. (ii) Porque las acciones comanditarias podrían ser adquiridas por los socios colectivos, sin que ello afectare a la estructura de la sociedad (iii). Porque con ello tampoco se causaría ningún perjuicio ni a la sociedad ni a los terceros.

c) DENOMINACIÓN. Del artículo 182.a) del RRM deducimos:

—que puede ser objetiva, lo cual supone una novedad al régimen actualmente vigente.

—que puede ser subjetiva, en cuyo caso sólo puede incluirse el nombre de los socios colectivos. El término “podrán” parece indicar que no es necesario que figuren todos, o se incluya “y Cía.”, exigiéndose tan sólo que los que aparezcan sean todos socios colectivos.

d) APORTACIONES.— La remisión general del artículo 152 CCo y 184 RRM a las Sociedades anónimas, y su no regulación específica, parece inducir a pensar la aplicación en bloque y sin más de los preceptos de LSA (art. 36 y ss.).

A mi juicio ello es claro para las aportaciones de los socios comanditarios, pero no tan claro respecto de los socios colectivos:

—creo que son innecesarias todas las medidas que protegen la existencia y realidad de la aportación, que debe ser un tema interno, pero sin trascendencia exterior, dada la responsabilidad ilimitada del socio colectivo, aunque bien es cierto que primero se hará excusión de los bienes sociales (237 CCo).

—no debe de haber problemas para la admisión del llamado socio industrial o aportador de trabajo. Es más, en las más de las veces será lo más conveniente a los intereses sociales, y si nos guiamos estrictamente por la LSA, sólo nos quedaría las prestaciones accesorias como forma de garantizar la prestación de su trabajo por el socio industrial.

e) DOCUMENTACIÓN DE LOS DERECHOS DE SOCIO.— Siguiendo el modelo italiano, todo el capital está representado en acciones. Ahora bien, es clara la existencia de dos tipos de accionistas (los socios colectivos y los comanditarios), por lo que por aplicación del artículo 49 LSA, debe haber dos clases de acciones (expresamente lo establecía el Anteproyecto, pero la cuestión fue posteriormente suprimida, a mi juicio por innecesaria). Asimismo, así como las acciones de los comanditarios pueden ser nominativas o al portador, pues a mi juicio nada se opone a ello, las de los colectivos han de ser necesariamente nominativas, dado que el nombre del socio colectivo ha de figurar en los Estatutos sociales.

Como señala VERGEZ SÁNCHEZ, la representación del derecho del socio colectivo en una acción no deja de plantear problemas en orden a su transmisibilidad, como veremos, y hubiera sido quizá deseable su no representación en acciones.

f) SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS SOCIOS.— La más importante innovación de la reforma es precisamente delimitar con mayor precisión la situación jurídica de cada grupo de socios:

a) Socios colectivos. Hasta ahora, se identificaba con el socio colectivo de la sociedad regular colectiva. Ahora cambia sustancialmente; la responsabilidad ilimitada puede cesar sin dejar de ser socio, mediante su cese como administrador, en relación con las deudas posteriores a la publicación de su inscripción en el Registro Mercantil (155.3 CCo). Este precepto tiene su justificación en el hecho de que la responsabilidad ilimitada es la consecuencia del poder de dirección, y del efecto de la publicación respecto a terceros.

b) El socio comanditario, hasta ahora, era un mero comparsa en el tema de la administración. Tras la reforma, no es administrador, pero, vía Junta General, puede proceder al cese del mismo o al nombramiento de otro, siempre que sea socio colectivo.

En todo lo demás, se aplicarán las normas de las sociedades anónimas.

g) **TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS DE SOCIO.**— Uno de los puntos menos claros en la nueva regulación es el tema de la transmisión de las acciones y, en consecuencia, de los derechos de socio.

No plantea problema especial la transmisión de las acciones de los socios comanditarios.

—El problema reside en la transmisión de las acciones de los socios colectivos. Hasta ahora se exigía el consentimiento de los demás socios, por aplicación del 143 CCo. La reforma nada dice al respecto, por lo que habremos de acudir a las normas de la LSA, que parten del principio general y de orden público de la transmisibilidad de las acciones. Ahora bien, como el nombre de los socios colectivos ha de constar en Estatutos (154 CCo), se plantea el dilema:

(i) O se establece la libre transmisibilidad, en cuyo caso se produce de hecho y de derecho una modificación estatutaria por acto unilateral de un socio.

(ii) O se exige la autorización de la Sociedad para transmitir, y con acuerdo adoptado con las mayorías para modificar Estatutos. Éste es a mi juicio el criterio que debería haberse adoptado, teniendo en cuenta la importancia de la persona del socio colectivo. No obstante, con todo, creo que el artículo 154 CCo debe prevalecer sobre LSA.

La resolución de la Junta, caso de ser negativa, debería ser fundada, y podría ser impugnada por el socio, si le causa un perjuicio grave sin motivo justificado, por el procedimiento especial que regula LSA para la impugnación de los acuerdos sociales.

h) **EN CUANTO AL ÓRGANO SOBERANO.**— Este Órgano soberano es, por aplicación de la LSA, la Junta General de Accionistas. El artículo 156 CCo se refiere a esta Junta General, con dos especialidades:

—Si la modificación de Estatutos tiene por objeto el nombramiento de administradores, la modificación del régimen de administración, el cambio de objeto social o la continuación de la sociedad más allá del término previsto en los estatutos, el acuerdo exigirá además el consentimiento expreso de todos los socios colectivos.

Se introduce en consecuencia un “derecho de veto” para las grandes decisiones que afecten a la vida de la Sociedad.

—En los acuerdos que tengan por objeto la separación de un administrador, el socio afectado deberá abstenerse de participar en la votación.

En todo lo demás, nos remitimos al régimen de las Juntas en la SA.

i) EN CUANTO A LOS ADMINISTRADORES. El artículo 155 CCo determina que la administración de la Sociedad ha de estar necesariamente a cargo de los socios colectivos, quienes tendrán las facultades, derechos y deberes de los administradores de la SA.

El nombramiento de administradores puede constar en Estatutos sociales o en acto separado (constitutivo o posterior).

Como reglas adicionales dispone:

—El nuevo administrador asumirá la condición de socio colectivo desde el momento en que acepte su nombramiento. Precepto a mi juicio incorrecto, pues no es socio por el solo hecho de ser administrador: lo que se produce más bien es la asunción de una responsabilidad ilimitada.

—El cese del socio colectivo como administrador (y consecuentemente con lo expuesto anteriormente, del administrador no socio) pone fin a su responsabilidad ilimitada, con relación a las deudas sociales que se contraigan con posterioridad a la publicación de su inscripción en el Registro Mercantil (155.3 CCo).

En cuanto a la forma y constancia registral del nombramiento, se estará a lo establecido para las SA. El nombramiento de administrador fuera del acto constitutivo exige unanimidad de los socios colectivos (156.2 CCo), si tal nombramiento constara en Estatutos.

CESE DEL ADMINISTRADOR. El cese del administrador puede ser debido:

a) Por el transcurso del tiempo. El plazo de nombramiento no puede exceder de 5 años (art. 126 LSA).

b) A su propia iniciativa: es la dimisión. Nos remitimos a lo dispuesto en la SA.

c) Por su separación por acuerdo social. El artículo 155.2 exige para la separación la modificación de Estatutos, con las mayorías cualificadas para tal caso. Si tuviera lugar sin justa causa, tendría derecho a la correspondiente indemnización.

j) **DISOLUCIÓN.**— El artículo 157 CCo dispone que con independencia de las causas de disolución previstas en la LSA, la sociedad se disolverá por fallecimiento, cese, incapacidad o quiebra de todos los socios colectivos,

salvo que en el plazo de seis meses y mediante modificación de Estatutos, se incorpore algún socio colectivo o se acuerde la transformación en otro tipo social.

Como novedad señalar que a la disolución en tales supuestos no se procede “ope legis”, sino que, como manifestación del principio de conservación de la empresa, se concede un plazo para intentar reconducir la situación (como en la mayor parte de las legislaciones foráneas).

JUICIO CRÍTICO. PERSPECTIVAS FUTURAS

La nueva regulación de la SCA trata de revitalizar una antigualla histórica, lo cual, a mi juicio, va a ser tarea imposible. La multiplicidad y flexibilidad de los demás tipos sociales harán, a mi juicio, que se acuda a otro tipo societario, y que la SCA siga siendo una curiosidad científica. La regulación legal, por otro lado, no deja de adolecer de importantes defectos y lagunas, como hemos apuntado someramente. En cualquier caso, la tarea acometida ha de juzgarse positivamente en su conjunto.

VERGEZ SÁNCHEZ estima que la forma comanditaria por acciones podría tener cierto interés para:

—estructura jurídica apta para proyectos de envergadura, que exijan la permanencia de un grupo coherente y fuerte de gestión que, en contrapartida, asuma la responsabilidad.

—como forma de financiación de empresas públicas, en que los ciudadanos responden limitadamente, y el ente público de forma ilimitada, asumiendo la gestión de la compañía.

—como forma atípica de financiación. En vez de emitir obligaciones u otros títulos de renta fija, se hace SCA, en la que el financiado asuma la gestión y responsabilidad, ofreciendo al inversor una posición jurídica como socio más sólido que como simple acreedor.