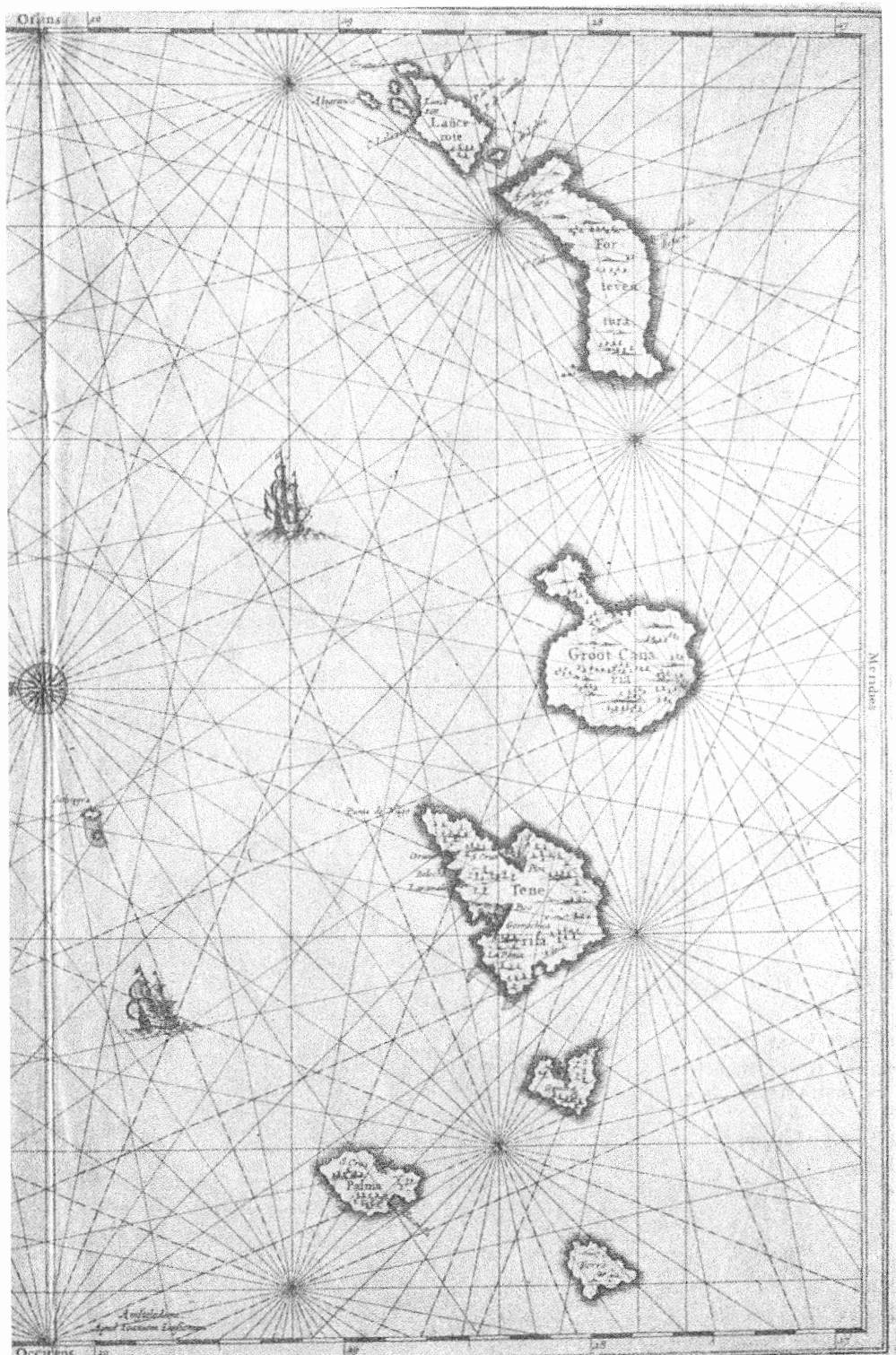


Revista del Foro Canario

81

Las Palmas de Gran Canaria, 1991



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*

CONSEJO DE REDACCIÓN

Salvador Trujillo Perdomo

Decano del Colegio

Segundo Franco Vega

Diputado Primero

Jaime Santana Castellano

Diputado Segundo

Serafín García Zumbado

Diputado Tercero

Tomás de Páiz Mora

Diputado Cuarto

Juan Antonio Pérez de Paz

Diputado Quinto

Domingo del Toro Augusto

Diputado Sexto

Jaime Rubio López

Diputado Séptimo

Micaela Domínguez Hernández

Diputado Octavo

José María Palomino Martín

Bibliotecario-Contador

José Díaz Henríquez

Tesorero

Rafael Vera Cominges

Secretario

COMISIÓN DELEGADA DE LA REVISTA DEL FORO CANARIO

Óscar Bosch Benítez

Micaela Domínguez Hernández

Serafín García Zumbado

M.^a Teresa García Cuyás

COORDINACIÓN

Juan Antonio Martínez de la Fe

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Colegio de Abogados - Plaza de San Agustín, 6
35001 Las Palmas de Gran Canaria

APROXIMACIÓN A ALGUNOS ASPECTOS DE LA LEY 19/1989

RAFAEL TRUJILLO PERDOMO
ABOGADO

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN Y ALCANCE DE LA LEY.
2. BREVE APRECIACIÓN CRÍTICA.
3. LAS CAJAS DE AHORROS, NUEVO SUJETO DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL.
4. CONVOCATORIA DE LOS BANCOS A INSCRIPCIÓN REGISTRAL.
5. INSTRUMENTOS DE PUBLICIDAD MERCANTIL.
6. ESCRITURA SOCIAL E INSCRIPCIÓN.
7. CONTENIDO DEL TÍTULO DE CONSTITUCIÓN Y DE LOS ESTATUTOS.
8. DE LAS SOCIEDADES UNIPERSONALES.
9. DE LAS ACCIONES SIN VOTO.
10. APORTACIONES DE LOS SOCIOS.
11. ADQUISICIÓN DE BIENES POR LA PROPIEDAD.
12. FUSIÓN DE SOCIEDADES.
13. EXENCIONES FISCALES Y REDUCCIÓN DE DERECHOS ARANCELARIOS.

1. INTRODUCCIÓN Y ALCANCE DE LA LEY

La publicación de la Ley 19/1989, de 25 de julio, sobre reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades, llevada a cabo en el Boletín Oficial del Estado de fecha 27 siguiente, y cuya entrada en vigor tuvo lugar, conforme previno el número 1 de su disposición final tercera, el primero de enero de 1990, impuso al jurista la necesidad apremiante, a pesar de la época estival en la que el legislador volvía a sorprendernos con una ley de gran importancia, —en julio de 1985 también lo hizo con la Ley Cambiaria y del Cheque— de ahondar apresuradamente en el estudio de sus motivaciones, en el alcance de la misma, en la exposición sistemática de sus aspectos normativos más relevantes, en su bondad y hasta en sus posibles desaciertos.

Tal fue el propósito que, junto al deseo de proporcionar una elemental herramienta a mis compañeros de trabajo, perseguí al acometer una labor personal de la que ésta de ahora constituye un difícil y deslavazado resumen de su contenido, hecho fundamentalmente con la finalidad de ayudar a la adaptación mental de cada uno al nuevo tratamiento de la materia que aquí nos ocupa, y a cuyo efecto daré por conocidos, habida cuenta la condición de los lectores, aquellos extremos respecto de los cuales el legislador se ha sustraído con total respeto por no afectarles el Derecho inspirador de la reforma, mas con la obligada alusión a aquellos otros que, manteniendo su alcance, sólo han sido objeto de tímidos, cuando no innecesarios, retoques de orden semántico.

Dicha ley, esperada con expectación desde que España se integrara en la Comunidad Económica Europea por virtud del Tratado suscrito en el Palacio Real de Madrid el día 12 de junio de 1985, va más lejos de cuanto exigía el compromiso de la necesaria coordinación de nuestro Ordenamiento Jurídico Societario a las prescripciones que se comprenden en las Directivas primera, segunda, tercera, cuarta, sexta y séptima, dimanantes del Consejo de las Comunidades Europeas, o sea, respecto de las que tienden a obtener una regulación armónica en la protección de los intereses generales de los socios y terceros, y en especial y más concretamente en lo atinente a la constitución misma de la sociedad anónima y al mantenimiento y modificaciones de su capital, fusión de sociedades, cuentas anuales de determinadas formas de sociedad, escisión de sociedades anónimas así como en todo lo relativo a las cuentas consolidadas.

Queda pues fuera de la nueva regulación la materia referente a la organización de las sociedades anónimas, obviándose de este modo por el legislador el delicado tema de la cogestión tan abogada en el tiempo por las principales organizaciones sindicales.

Su texto afectó no sólo a las sociedades anónimas. También constituye objeto de su regulación las de responsabilidad limitada y las comanditarias por acciones así como el instituto del Registro Mercantil, respecto del cual se potencia su concepción de registro de personas y otros entes de contenido económico, así como de los actos y contratos que establezca la ley, vaciándolo a la par de su aspecto registral de cosas de tal modo que, conforme reza su disposición final segunda, los libros de buques y aeronaves constituirán registros independientes y continuarán rigiéndose por las normas referidas a ellos, hasta que se establezca el Registro de la Propiedad Mobiliaria en el que se unificarán los actuales Registros de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento.

La reforma alcanza también a la Ley reguladora de Sociedades Anónimas Laborales, de 25 de abril de 1986, a las que, a partir de 1 de enero de 1990, se les aplicará como Derecho supletorio la normativa propia de las sociedades anónimas y se concreta, en relación con ellas, que el desembolso del veinticinco por ciento del capital en el momento de la constitución ha de referirse al valor nominal de cada una de las acciones, suprimiéndose, como lógico corolario de la citada remisión a la normativa propia de las sociedades anónimas, el inciso final del párrafo primero del artículo 5 de la Ley 19/1986, en cuanto fijaba el plazo dentro del cual los accionistas deberían desembolsar el resto del capital suscrito, de tal modo que en el futuro habrá de estarse a lo que sobre ello establezcan sus estatutos.

La Ley 19/1989 aparte de retocar asimismo algunos preceptos y disposiciones sobre Ordenación del Seguro Privado, Mercado de Valores y Emisión de obligaciones por sociedades distintas de las anónimas, asociaciones u otras personas jurídicas, modificó el apartado 4) del art. 31 del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, de 26 de diciembre de 1964, relativo al traspaso, con el objeto de declarar la inexistencia del mismo en los supuestos de transformación, fusión o escisión de “sociedades mercantiles” otorgándole sin embargo al arrendador el derecho a elevar la renta como si efectivamente se hubiera producido la cesión por dicho título.

Como la referida modificación de la Ley arrendaticia se circunscribió tan sólo a las entidades en las que concurriese la naturaleza de “sociedades mer-

cantiles” y consiguientemente continuaba dejando incursas en causa de resolución de sus contratos de arrendamiento a las Cajas de Ahorros en proceso de fusión, tan en boga actualmente, o con las expectativas de acudir al mismo, se promovieron múltiples actuaciones encaminadas a corregir aquella desafortunada redacción, las cuales cristalizaron en la disposición adicional decimotercera del Real Decreto-Ley 7/1989, de 29 de diciembre, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, financiera y tributaria, según la cual el referido art. 31, 4, de la Ley de Arrendamientos Urbanos quedó redactado así: “No se reputará causado el traspaso en los casos de transformación, fusión o escisión de Sociedades o Entidades públicas o privadas, pero el arrendador tendrá derecho a elevar la renta como si el traspaso se hubiere producido”.

2. BREVE APRECIACIÓN CRÍTICA

Desde una primera lectura de la Ley queda constatado una vez más el estéril esfuerzo de los legisladores para traducir al lenguaje llano y sencillo la jerga tradicional e histórica, no en vano aprendida en las aulas universitarias, de los profesionales del Derecho; frustración quizá motivada por la realidad sentida a todos los niveles, sin excepción alguna, y por ende también en el del poder legislativo, no obstante su heterogénea composición, de que ante la publicación de cualquier normativa legal resulta obligado aprestarse a su lectura y comprensión confiriéndole a cada vocablo el significado exacto que en Derecho y en su caso les sean atribuibles.

Traspolando, en definitiva, las críticas efectuadas a otros cuerpos legales por sus respectivos detractores, podría igualmente afirmar que la Ley 19/1989 adolece de tecnicismo y hasta descubre importantes defectos de redacción, aunque algunos de los párrafos determinantes de este aserto se hallan ya subsanados por virtud de la posterior publicación del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1.564/1989, de 22 de diciembre, así como a través de la correspondiente inserción de corrección de los errores de esta última en el Boletín Oficial del Estado de fecha 1 de febrero de 1990.

Operada la derogación expresa de los artículos 4 al 10 y parcialmente algunas de las disposiciones transitorias de la Ley por medio del invocado Texto refundido, es obligado no obstante aclarar que a los fines de este trabajo se

considera válido cuanto en el mismo expongo en relación con la ley mas, obviamente, haciendo expresa referencia a los artículos que realmente corresponden según el citado Texto.

3. LAS CAJAS DE AHORROS, NUEVO SUJETO DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL

De innovadora, aunque no de sorpresiva, podemos calificar la inclusión de las Cajas de Ahorros entre los sujetos de inscripción obligatoria en el Registro Mercantil, al hallarse subsumidas en la expresión "entidades de crédito" recogida en el apartado tercero del nuevo artículo 16 del Código de Comercio, así como en el art. 81, apartado g) del novísimo Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1.597/1989, de 29 de diciembre. No cabe formular igual afirmación en lo que atañe a las Cooperativas de Crédito pues el proyecto de la Ley reguladora de estas entidades prevé la obligatoriedad de su inscripción en el Registro Mercantil, cualquiera que sea la clase de las mismas.

La exigencia del invocado requisito para las Cajas de Ahorros y el propio tenor del art. 240 del nuevo Reglamento del Registro Mercantil declarando que en lo no previsto en la Sección Primera del Capítulo X las inscripciones relativas a Cajas de Ahorros se practicarán de acuerdo con lo previsto en su legislación específica y, en la medida que resulten compatibles, por las reglas referentes a la inscripción de Sociedades Anónimas contenidas en el propio Reglamento constituyen, sin duda, un nuevo paso en el constante afán del legislador por mercantilizar estas Instituciones, asimilándolas en la mayor medida posible a los Bancos. Quedan por ende cada vez más difuminadas aquellas notas que les eran específicas por razón de las causas que históricamente determinaron su origen y peculiar naturaleza jurídica, causantes de su gran aceptación y arraigo popular.

Consiguientemente, al igual que acontece con las demás entidades que se enmarcan en la nueva redacción del artículo 16 del Código de Comercio, en la hoja registral que se abra a las Cajas de Ahorros se inscribirán el acto de su constitución y sus posteriores modificaciones, la rescisión, disolución, transformación, fusión o escisión, así como la creación de sucursales, el nombramiento y cese de los administradores, liquidadores y auditores, los poderes generales, la emisión de obligaciones u otros valores negociables agrupados en

emisiones y, por último, cualesquiera otros actos que determinen las leyes o el Reglamento.

A los relacionados actos inscribibles el art. 234 del Reglamento del Registro Mercantil agrega los de aumento o disminución del fondo de dotación y cualquier modificación de los Reglamentos; el nombramiento y cese de los miembros de la Comisión de Control y, en su caso, de los miembros de la Comisión Ejecutiva; la distribución de cargos dentro de los órganos colegiados de gobierno; el nombramiento y cese del Director General; la sustitución, modificación y renovación de poderes generales; el cierre y demás actos y circunstancias relativos a las sucursales; la emisión de cuotas participativas; las emisiones de obligaciones u otros valores negociables agrupados en emisiones y demás actos y circunstancias relativos a las mismas; las medidas administrativas de intervención; y, en general, cuantos actos o contratos modifiquen el contenido de los asientos ya practicados o cuya inscripción se encuentre legalmente prevista.

A los citados efectos de inscripción de sucursales, dicho Reglamento las define como todo establecimiento secundario dotado de representación permanente y de cierta autonomía de gestión, a través del cual se desarrollan total o parcialmente, las actividades de la sociedad.

La polémica existente entre algunos estudiosos de esta materia, suscitada a la vista de las lagunas que ofrecía el proyecto de la ley, respecto de la inscripción de las Cajas de Ahorros de creación Corporativa ya existentes y quiénes se hallarían legitimados para otorgar los oportunos documentos (la Entidad fundadora, el representante de la respectiva Caja, los dos entes debidamente representados, etc.) aparece ya resuelta en el texto definitivo.

En efecto, olvidando el legislador que las Cajas de referencia surgieron por consecuencia de un acto de la Administración, establece en su disposición transitoria séptima, asimilándolas a tal finalidad con las de fundación privada y dándoles el mismo tratamiento que a las Mutuas y Cooperativas de Seguros y Mutualidades de Previsión Social, que su inscripción registral se practicará en virtud de escritura pública a otorgar, antes del 30 de junio de 1992, por quien ostente la presidencia del órgano de administración de la entidad, específicamente apoderado al efecto, y en la que se hará constar la fecha de fundación, el nombre y apellidos o la denominación de los fundadores, los estatutos en vigor y el nombre y apellidos o la denominación, domicilio y nacionalidad de quienes formen parte del órgano de administración y del órgano de control, con expresión de la fecha del nombramiento de cada uno de sus miembros.

4. CONVOCATORIA DE LOS BANCOS A INSCRIPCIÓN REGISTRAL

De modo anecdótico, los Bancos, ya obligadamente sujetos a este requisito por su mera condición de sociedades anónimas, resultan en la nueva redacción del art. 16 del Código de Comercio triplemente llamados a inscripción registral por tener cabida en los números 2, 3 y 5 del mismo, pues constituyen “sociedades mercantiles”, “entidades de crédito” y “personas jurídicas”. Acogido el legislador al sistema de *númerus apertus* en la mención de los sujetos inscribibles, hubiera sido sin duda más acertada la expresión “cualesquiera *otras* personas, naturales o jurídicas,...” que la de “cualesquiera personas, naturales o jurídicas, cuando así lo disponga la ley”.

5. INSTRUMENTOS DE PUBLICIDAD MERCANTIL

A partir de la entrada en vigor de la Ley 19/1989, son dos los instrumentos de publicidad: el Registro Mercantil y el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

Luego de los múltiples debates planteados sobre la conveniencia de establecer un Registro único, mantener los actuales Registros provinciales o instituir un solo Registro para cada una de las Comunidades Autónomas, el legislador optó en la nueva redacción del artículo 17 del Código de Comercio por la subsistencia del sistema hasta entonces vigente, de tal modo que el Registro Mercantil continuará radicando en las capitales de provincia y en las poblaciones donde por necesidades de servicio, y de conformidad con las disposiciones legales en vigor, se establezca.

El hecho de no haberse recogido la tan sentida necesidad de establecer un Registro Mercantil para cada una de las islas que componen la geografía española obedeció, según algunos comentaristas de los trabajos acometidos por la Comisión General Codificadora, a la entonces futura implantación, hecha ya realidad a través del nuevo Reglamento del Registro Mercantil de un sistema registral diferente en el que privaría el concepto de Unidad Registral Orgánica, posibilitándose así en determinadas circunstancias y a los únicos efectos de la presentación de documentos la actuación de Registros distintos al que en realidad sería el competente para entender del caso concreto, todo ello ci-

mentado en una adecuada infraestructura informática, resolviéndose las diferencias horarias de apertura y cierre del Libro Diario y de fechas hábiles existentes entre los Registros de origen y destino en el sentido de que sólo se podrán practicar los correspondientes asientos durante las horas y días hábiles que sean comunes.

La práctica de este procedimiento requerirá que dentro de los diez días hábiles siguientes al de la nota extendida al pie del respectivo documento se presente el mismo ante el Registro de Destino, a partir de cuyo instante se iniciará el cómputo del plazo para calificación y despacho del documento.

Como de nuevo cuño se introduce el denominado Registro Mercantil Central, de carácter meramente informativo y con sede en Madrid (art. 17, 3 y 21 del Código de Comercio); órgano receptor de los datos esenciales a suministrar por los restantes Registros Mercantiles respecto de las inscripciones en ellos practicadas y a cuyo cargo se hallará el Boletín Oficial del Registro Mercantil, en el que aquéllos habrán de publicarse con eficacia ciertamente sustantiva habida cuenta la inoponibilidad, frente a terceros de buena fe, de los actos inscritos en tanto no se produzca la inserción de los datos reglamentariamente específicos en el citado periódico oficial, alcanzando incluso tal protección a los que prueben que dentro de los quince días siguientes tampoco pudieron conocerlos, y resolviéndose los supuestos de discrepancia entre el contenido de ambos instrumentos de publicidad (Registro y Boletín) a favor del que invocare el tercero como más favorable al mismo.

Es evidente, y así lo recoge de modo expreso el apartado 4 del artículo 21 del Código de Comercio, la posibilidad de destruir el referido efecto negativo de la publicación mediante la prueba de la ausencia de buena fe en el tercero por haber sido conocedor del acto inscribible no inscrito o del acto inscrito y no publicado, o simplemente de la discordancia existente entre lo publicado y el contenido de la inscripción registral.

6. ESCRITURA SOCIAL E INSCRIPCIÓN

Constitución mediante escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil continúan siendo los requisitos indispensables en orden al nacimiento de la sociedad.

El art. 7 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, mejorando la redacción del art. 6 de la derogada Ley de 17 de julio de 1951, matiza que “con la inscripción adquirirá la sociedad anónima su personalidad jurídica”. Y los arts. 17 y 29, 3, del propio Texto refundido tasan en dos meses a contar desde el otorgamiento de la escritura de constitución, simultánea o sucesiva, el plazo para solicitar el respectivo asiento de presentación.

No obstante, a partir del 1 de enero de 1990, tal inscripción no será oponible frente a terceros de buena fe sino desde la fecha de publicación de sus datos esenciales en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, o a partir de los quince días siguientes cuando dichos terceros aleguen y prueben debidamente que no pudieron conocerla por causas no imputables a ellos como podría ser, por ejemplo, en los supuestos de huelga del personal encargado de la distribución o del transporte de dichas publicaciones oficiales.

De los daños y perjuicios que se causen por el incumplimiento de la obligación de inscripción registral dentro del ya referido plazo responderán solidariamente los fundadores y administradores.

El Texto refundido regula la situación fáctica que podría devenir de la decisión, voluntaria o puesta de manifiesto por el transcurso de un año desde el otorgamiento de la correspondiente escritura, de la no inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, otorgando en tal caso a los socios el derecho de instar la disolución de la sociedad en formación con la subsiguiente devolución de sus aportaciones, previa liquidación del patrimonio que en su oportunidad se hubiere puesto en común. Y aún más, previene que “en tales circunstancias, si la Sociedad ha iniciado o continúa sus operaciones se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil” sin que la posterior inscripción lleve consigo la asunción por la sociedad de las obligaciones asumidas por virtud de los actos y contratos celebrados con anterioridad por quienes actuaron en su nombre ni la exoneración de la responsabilidad solidaria de los socios, administradores y representantes que en cada caso corresponda, es decir: de los socios entre sí en cuanto a los concertados por cualquier mandatario especialmente designado por los mismos; de los administradores, por lo que respecta a los celebrados con arreglo a las facultades que les hubieren sido otorgadas en el contrato de constitución para su ejercicio hasta la inscripción registral; y de los representantes, igualmente entre sí, por los actos y contratos celebrados en su caso en nombre de la sociedad antes de que ésta se inscriba en el Registro Mercantil que, por razón del domicilio, corresponda.

7. CONTENIDO DEL TÍTULO DE CONSTITUCIÓN Y DE LOS ESTATUTOS

Sin perjuicio de aquellos otros pactos que los fundadores quieran establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de este tipo de sociedades, el artículo 8 del Texto de fecha 22 de diciembre de 1990 establece, en términos generalmente similares a como lo hacía el artículo 11 de la Ley de 17 de julio de 1951, cuál ha de ser el contenido de la escritura de constitución. Aquí sólo nos limitaremos a destacar los siguientes extremos:

a) En cuanto a la consignación de las circunstancias personales de los otorgantes del respectivo instrumento notarial, se omite toda referencia al estado civil de los mismos.

b) En lo que se refiere al metálico, los bienes o derechos aportables a la sociedad, no sólo habrán de determinarse los realmente cedidos en tal instante sino incluso, y en su caso, los que cada socio simplemente se obligue a aportar, lográndose de este modo una mejor diferenciación entre los momentos de suscripción del capital y el de su total desembolso, realmente confundidos en el número 4 del antiguo art. 11 en cuanto que en la frase “el metálico, los bienes o derechos que cada socio aporte...” sólo parecía aludirse a desembolsos de presente.

c) La cantidad total, al menos aproximada, de los gastos de constitución, tanto de los ya satisfechos como de los simplemente previstos hasta que la sociedad quede inscrita en el correspondiente Registro Mercantil.

d) Los nombres, apellidos y edad de las personas que se encarguen inicialmente de la administración y representación social, si fueran personas físicas, o su denominación social si fueran personas jurídicas, y, en ambos supuestos, la nacionalidad y el domicilio, así como las mismas circunstancias, en su caso, de los auditores de cuentas de la sociedad.

e) Y, en lo que hace referencia al contenido de los estatutos, son de resaltar las siguientes nuevas exigencias:

1.— Mayor concreción respecto del objeto social, pues habrán de determinarse las actividades que la integran.

2.— Especificación del órgano social competente para decidir o acordar la creación, supresión o traslado de sucursales, de tal modo que en el futuro no deben recogerse, so pena de la posterior denegación de la pretendida inscripción registral, las menciones ambiguas que en la práctica notarial iban imponiéndose en cuanto a los lugares en que la sociedad podría establecer sucursales, agencias o delegaciones.

3.— La cifra del capital social no podrá ser inferior a DIEZ MILLONES DE PESETAS y habrá de expresarse necesariamente en esta moneda.

Constituye ésta una de las adaptaciones más importantes y de mayores consecuencias económicas de cuantas se introducen en nuestro Derecho de Sociedades en el aspecto de su coordinación con la legislación comunitaria, pues un simple análisis estadístico demuestra que el 65%, aproximadamente, de las sociedades españolas cuentan con un capital social inferior a un millón de pesetas y, más aún, que dentro de dicho porcentaje un elevado número corresponde a sociedades cuya cifra de capital oscila entre cien mil y doscientas mil pesetas.

¿Por qué 10 millones de capital social mínimo?

El artículo 6 de la Segunda Directiva del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, establece que “para la constitución de la sociedad o para la obtención de la autorización para comenzar sus actividades, las legislaciones de los Estados miembros requerirán la suscripción de un capital mínimo cuyo importe no será inferior a 25.000 unidades de cuenta europeas” (ECU). Y añade que si el contravalor del “ecu” en moneda nacional se modificara de forma que el capital mínimo fijado en la moneda nacional quedara por debajo del valor de 22.500 unidades de cuenta europeas (90% de la precitada cifra) durante el período de un año, la Comisión informará al Estado miembro interesado que deberá adaptar su legislación incrementando el mínimo exigido en la cantidad necesaria para igualarlo, al menos, al citado importe de 25.000 unidades de cuenta europeas o la cantidad que resulte de cada una de las revisiones quinquenales que, teóricamente corresponde efectuarse por la Comunidad Europea, si bien concediéndosele el plazo de dieciocho meses, ampliable hasta tres años según dispone el art. 43 de la propia Directiva, a contar desde la fecha de entrada en vigor de la respectiva Ley nacional para que las sociedades existentes incrementen, en su caso, el capital ya escriturado.

El legislador español, que de acuerdo con la Decisión núm. 3.289/75 CECA de la Comisión, definidora de la “unidad de cuenta europea”, y a la vista

de su contravalor en pesetas, contaba con el límite legal aproximado de 3.500.000 pesetas optó, sin embargo, siguiendo el ejemplo del sistema elegido por Alemania y el Reino Unido para la “die Aktiengesellschaft” y “the public company limited by shares”, y “the public company limited by guarantee and having a share capital”, por exigir la cifra mínima de diez millones de pesetas —convirtiendo de este modo a la sociedad anónima— en el ropaje legal al que habrán de acomodarse las grandes y medianas empresas que deseen actuar como tales sociedades en el mundo del tráfico mercantil, aunque concede a las ya existentes al 27 de julio de 1989 la posibilidad de la adecuación de su capital hasta el 30 de junio de 1992, en el bien entendido que si así no lo efectuaran deberán transformarse en sociedad colectiva, comanditaria o de responsabilidad limitada.

Sin embargo, conviene tener presente que a partir de la publicación de la Ley en el Boletín Oficial del Estado, o sea, desde el 27 de julio de 1989, los Notarios no autorizarán escrituras de constitución de sociedades anónimas con cifra de capital social inferior a diez millones de pesetas, ni tampoco aquellos otros instrumentos que pretendiesen reducirlo por debajo de esta cifra (disposición transitoria primera).

4.— La expresión de si las acciones se encuentran representadas por medio de anotaciones en cuenta o si se hallan materializadas en títulos, en cuyo último supuesto deberá además indicarse si son nominativos o al portador, y si se ha previsto la emisión de títulos múltiples.

Por lo tanto, hoy la acción deja de ser necesariamente un título. Continuará constituyendo expresión de parte del capital social (art. 1) y de la condición de socio (art. 48, 1), pero no será ya consustancial a la misma el carácter de título ni constituirá éste uno de los elementos diferenciadores de la sociedad anónima con respecto de la de responsabilidad limitada.

5.— La fecha de cierre del ejercicio social, haciéndose no obstante por el legislador de 1989 la misma declaración que se contenía en el art. 102 de la Ley de 17 de julio de 1951 en el sentido de que a falta de esta mención estatutaria, —carente por ende de todo valor esencial—, “se entenderá que el ejercicio social termina el 31 de diciembre de cada año”.

8. DE LAS SOCIEDADES UNIPERSONALES

¿Quid de las acciones en una sola mano?

El artículo 5 de la Segunda Directiva del Consejo previene que cuando la legislación de un Estado miembro exija el concurso de varios socios para la constitución de la sociedad, la reunión en una sola mano de la totalidad de las acciones o la reducción del número de socios por debajo del mínimo legal luego de constituida aquélla no implicará la disolución de pleno derecho de esta sociedad. Y añade que si en los referidos supuestos pudiera declararse la disolución judicial como consecuencia de la normativa propia de un Estado miembro, el juez competente deberá poder conceder a esta sociedad un plazo suficiente para regular su situación. Cuando se declare la disolución, concluye dicho artículo, la sociedad entrará en liquidación.

A la vista de tal prevención, y sin perjuicio de que en un futuro próximo el Estado español aborde y regule la figura de las llamadas sociedades unipersonales, el legislador actual ha optado por mantener esta materia tal como se hallaba antes de la ley en lugar de acabar con la hasta ahora denunciada laguna legislativa aunque sólo fuera para sancionar —ya que trasciende de la simple armonización con la legislación comunitaria— la doctrina recogida sobre tal respecto tanto en las conocidas sentencias de 3 de octubre y 19 de diciembre de 1955, dimanantes del Tribunal Supremo, como el criterio sostenido por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 22 de noviembre de 1957, igualmente conocida por los profesionales del Derecho; doctrina orientada en el sentido de reafirmar la declaración de validez o licitud que sobre esta anómala situación social se formulaba, a modo de interpretación auténtica, en la Exposición de Motivos de la Ley de 17 de julio de 1951 y de conferir a la misma el justo valor de provisionalidad que merece atendida, de una parte, las dificultades que conllevan la imposible celebración de juntas generales para la adopción de determinados acuerdos y, de otra, la necesaria protección de los intereses de terceros.

9. DE LAS ACCIONES SIN VOTO

Si de trascendente calificábamos la reforma en lo que se refiere a la cuantía del capital de las sociedades anónimas, es de conceptuar como de muy importante, al menos en cuanto puede devenir en instrumento captador de recursos económicos, y sin prejuzgar el uso que vaya a hacerse de ellas, la nueva figura de las acciones sin voto, cuya inclusión en nuestro Derecho fue hartamente discutida en el seno de la Comisión Codificadora haciendo de la misma luces de mafasca hasta su total y definitiva materialización por quienes propugnaban por su integración en nuestro Ordenamiento jurídico aunque ciertamente no obedeciera a vocación o exigencia alguna proveniente del Derecho Comunitario.

A este tipo de acciones dedica el Texto refundido los artículos 90, 91 y 92, enmarcados en la sección quinta del Capítulo IV. A la vista de lo preceptuado en tales artículos cabría definirlos como aquellas que, hasta un importe total conjunto no superior a la mitad del capital social desembolsado, confieren a sus titulares el derecho a percibir un dividendo mínimo no inferior, en ningún caso, al cinco por ciento de dicho capital para el supuesto de liquidación y, con carácter preferente, el de reembolso de las cantidades entregadas a cuenta de las mismas; todo ello sin perjuicio de los demás derechos inherentes a las acciones ordinarias, salvo el de voto y el de agrupación para designar vocales del Consejo de Administración por el sistema de representación proporcional.

De tal definición resultan las siguientes notas características:

- a) son acciones de carácter privilegiado desde su aspecto económico;
- b) confieren derecho a un dividendo anual mínimo consignado en los Estatutos, en el bien entendido que nunca podrá ser inferior al cinco por ciento del capital desembolsado por la respectiva acción;
- c) otorgan derecho a los beneficios que en cada ejercicio corresponda a las acciones ordinarias;
- d) conceden derecho a recibir con anterioridad a los restantes accionistas las cantidades desembolsadas a cuenta de su valor, en la hipótesis de liquidación de la sociedad.

10. APORTACIONES DE LOS SOCIOS

En cuanto a las aportaciones de los accionistas debemos destacar aquí los siguientes particulares:

1.— Que el artículo 36, 1, del Texto refundido, ajustándose plenamente al contenido del art. 7 de la Segunda Directiva, sólo admite la validez de aquellas que sean susceptibles de valoración económica y excluye, por ende y de modo expreso, la posibilidad de que pueda ser conceptuado como integrante del capital social cualquier prestación de actividad de trabajo o de servicio por parte de los accionistas, sin perjuicio de que ésta pueda imponerse desde los estatutos para todos o parte de los mismos aunque con el único carácter de prestaciones accesorias.

2.— Que se declara con valor de presunción iuris tantum que toda aportación que se realice por los accionistas en pago de sus acciones ha de entenderse hecha a título de propiedad.

3.— Que las aportaciones dinerarias pueden continuar efectuándose tanto en pesetas como en moneda extranjera siempre que, en este último caso, se determine su equivalencia en moneda española y, en ambos supuestos, se acredite su realidad ante el Notario que haya de autorizar la respectiva escritura, bien entregándole su importe en dinero efectivo para que, a nombre de la sociedad, constituya el subsiguiente depósito en una entidad de crédito, o bien a través del correspondiente resguardo acreditativo de que el depósito ya ha sido realizado en la misma.

Las dudas que evidentemente suscita dicha exigencia, tales como las referentes a la naturaleza misma del depósito, requisitos que deben reunir los referidos resguardos para su plena validez y admisión por los invocados fedatarios y Registrador Mercantil, legitimación de los Notarios frente a las entidades de crédito para constituir los citados depósitos a nombre de las sociedades cuyas escrituras de constitución autoricen, etc., han tenido que resolverse de momento mediante ciertos criterios elaborados, desde la praxis, entre representantes de dichas entidades y de los Colegios Notariales cuyas conclusiones parecen haber sido debidamente asumidas por ambos sectores en la forma que brevemente pasamos a referir, distinguiendo al efecto los dos supuestos legales a que hemos hecho referencia:

a) Respecto de la adopción del sistema de exhibición y entrega al Notario de los resguardos que justifiquen el previo depósito de las aportaciones dinerarias en una entidad de crédito, serán presupuestos de la misma la apertura de la correspondiente cuenta a nombre de la sociedad, con identificación de los fundadores facultados para disponer de ella y libramiento de la oportuna certificación con especial referencia al art. 40, 1, por la depositaria, sin necesidad de legitimación notarial de la firma autorizante, habida cuenta de que el texto que habitualmente figura en los impresos acreditativos de ingresos en cuenta elaborados por los Bancos y Cajas de Ahorros no recogen los requisitos demandados por la especialidad del depósito que nos ocupa.

b) En relación con el segundo supuesto, o sea, el de entrega directa de las aportaciones dinerarias al Notario para que por éste se formalice el subsiguiente depósito a nombre de la sociedad asimismo en entidad de crédito, también deberá procederse, siempre que ello fuere posible, a la anterior apertura de la respectiva cuenta por los promotores o fundadores de la sociedad, y si por cualquier circunstancia no pudiere hacerse así, será el propio Notario quien formalice dicha apertura a nombre de la sociedad e ingresará, en ambos casos, el importe total de las aportaciones con entrega a la entidad de crédito, para su debida constancia, de testimonio expreso de que la cuenta se formalice en cumplimiento de cuanto al efecto preceptúa el art. 40 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, de los nombres y apellidos, con su plena identificación, de las personas autorizadas para disponer de aquélla. No obstante, entiendo que el aludido testimonio notarial, a pesar de las conclusiones de la invocada Comisión, será sustituido por la entrega a la entidad de crédito de una copia autorizada de la escritura de constitución social.

c) Como la realidad de las aportaciones dinerarias no sólo ha de constar en el supuesto de la constitución de la sociedad sino también en la hipótesis de aumento de su capital, si el correspondiente desembolso se efectúa en la propia Notaría, el fedatario lo ingresará en la cuenta de la que, en entidad de crédito, aquélla ya figure como titular, no presentándose por consiguiente ninguna especialidad de procedimiento. Mas si el ingreso de los desembolsos figurase efectuado en la cuenta de la sociedad con anterioridad al otorgamiento de la escritura será necesaria la aportación del certificado emitido por la entidad de crédito depositaria en la que así se haga constar.

Publicado con posterioridad a la redacción de las conclusiones a que acabamos de referirnos, el Real Decreto 1.597/1989, de 29 de diciembre, aprobatorio del Reglamento del Registro Mercantil, resulta obligado concretar aquí,

por su indudable interés y complemento de lo anteriormente expuesto, lo siguiente:

1. Que tanto en las escrituras de constitución social y de aumento de capital como en aquellas que instrumenten los sucesivos desembolsos, el Notario habrá de dar fe, en su caso, de que se le ha exhibido y entregado el resguardo o la certificación acreditativa del depósito de las aportaciones dinerarias en la entidad de crédito expedidora de tales documentos, los cuales habrán de quedar debidamente protocolizados.

2. Que el Notario ha de reflejar en la escritura no solamente el nombre de la entidad o entidades de crédito depositarias de tales desembolsos sino también la identificación de la sucursal y de la cuenta en la que se hallen efectivamente ingresados a nombre de la sociedad en formación o ya constituida.

3. Que, en el supuesto de que el Notario sea receptor directo de las aportaciones dinerarias, hará constar en la escritura matriz la solicitud que le formulen los otorgantes en orden a la constitución del depósito en entidad de crédito y, por diligencia separada, el hecho mismo de haberlo cumplimentado dentro del plazo de los cinco días hábiles siguientes al de la fecha de autorización.

En cuanto a las aportaciones no dinerarias y su tratamiento en la Segunda Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas, debemos resaltar aquí a la vista del artículo 10 de la misma, y como más relevante lo siguiente:

1.— Que han de ser objeto de un informe emitido con anterioridad a la constitución de la sociedad o al momento en que se obtenga la autorización para comenzar sus actividades.

2.— Que dicho informe habrá de dimanar de uno o varios peritos, siempre independientes de la sociedad, designados o aceptados por una autoridad administrativa o judicial.

3.— Que tales peritos podrán ser personas físicas o morales o sociedades.

4.— Y que el informe pericial deberá contemplar como mínimo los siguientes aspectos:

a) Descripción de cada una de las aportaciones.

b) Formas de evaluación que se hubieren adoptado.

c) Indicación de si los valores a los que conducen los métodos adoptados corresponden al menos al número y al valor nominal o, a falta de valor

nominal, al valor contable y, en su caso, a la prima de emisión de las acciones a emitir como contrapartida.

El informe del perito será siempre objeto de publicidad efectuada con arreglo a lo que prevenga la legislación de cada Estado miembro de conformidad con el artículo 3 de la Directiva 68/151, el cual establece la necesidad de la apertura de un expediente en un Registro Central o bien en un Registro Mercantil de sociedades dentro de cada Estado por cada una de las sociedades inscritas, en el que habrán de incluirse o transcribirse en el Registro todos los actos o indicaciones sujetos a publicidad.

No obstante, establece dicho artículo 10 que los Estados miembros pueden no aplicar todo lo anteriormente expuesto cuando el 90% del valor nominal o, en su caso, del valor contable de todas las acciones hubiera sido emitido en contrapartida de tales aportaciones no dinerarias efectuadas por una o varias sociedades, siempre que se cumplieran las condiciones que exponemos a continuación:

a) Que la sociedad beneficiaria de las aportaciones renuncien a la realización del peritaje, a través de las personas firmantes de los estatutos o de la escritura de constitución o de sus respectivos proyectos en el supuesto de fundación sucesiva; renuncia que habrá de ser objeto de publicidad de conformidad con el art. 3 de la mentada Directiva 68/151.

b) Que las sociedades que efectúen las aportaciones dispongan de reservas que la Ley o los estatutos no permitan distribuir y cuyo importe sea igual, al menos, al valor nominal o, en su caso, al valor contable de las acciones emitidas en contrapartida de dichas aportaciones.

c) Que las sociedades que realicen la aportación garanticen, hasta el importe referido en el apartado anterior, las deudas de la sociedad beneficiaria causadas entre el momento de la respectiva emisión y un año después de la publicación de sus cuentas anuales relativas al ejercicio durante el que se hubieren hecho las propias aportaciones.

d) Y que las sociedades que hagan estas aportaciones destinen un importe igual al que se contrae la precedente letra b) a una reserva que no podrá distribuirse hasta la expiración de un plazo de tres años a partir de la publicación de las cuentas anuales de la sociedad beneficiaria relativas al ejercicio durante el cual se hubieran hecho las aportaciones o, en su caso, en el momento posterior en el que se hubieran regulado todas las reclamaciones relativas a la garantía mencionada en la letra c) anterior y hechas durante este plazo.

Con tales antecedentes del Derecho Comunitario el legislador español, optando desde luego por no acogerse a la hipótesis de excepción anteriormente expuesta habida cuenta del carácter potestativo con que se halla recogida en la referida Segunda Directiva, introduce en la regulación que respecto de aportaciones no dinerarias se comprendía en el art. 31 de la Ley de 17 de julio de 1951, las novedades a que se circunscriben los arts. 38, 1, y 40, 1, y que son las siguientes:

1.— Necesidad de informe elaborado por uno o varios expertos independientes.

2.— Designación de dichos expertos por el correspondiente Registrador Mercantil con sujeción al procedimiento que reglamentariamente se dispone.

La referencia que el Proyecto de Ley hacía en su artículo 31 al Juez del domicilio social para atribuirle la competencia en orden a la designación de tales expertos ha desaparecido en el texto de la Ley pues en la redacción definitiva del artículo 38,1, se atribuye la misma, al Registrador Mercantil.

En lo que respecta al procedimiento para la designación de los invocados expertos, aceptación del cargo, plazo para la elaboración y entrega del informe, y determinación de la persona a quien incumbe el pago de su correspondiente retribución económica, es el regulado en los artículos 302 al 312 del vigente Reglamento del Registro Mercantil, enmarcados todos ellos en la Sección 1ª del Capítulo II, Título III.

De los citados artículos destacamos aquí, como más esenciales a las preguntas que el profesional podría plantearse, los particulares siguientes:

1.— Que la correspondiente solicitud podrá formularse por cualquiera de los promotores de la sociedad o, cuando ya se hallare constituida —supuestos de ampliación de capital—, por esta misma, recogándose en el escrito el contenido mínimo que al efecto enumera el art. 302 del Reglamento.

2.— Que el plazo conferido al Registrador Mercantil para practicar la designación es de quince días, computables a partir del siguiente al de la fecha del asiento de presentación de la respectiva solicitud.

3.— Que a falta de normas reguladoras de la designación de tales expertos el Registrador actuará a su prudente arbitrio.

4.— Que la designación deberá recaer entre aquellas personas, físicas o jurídicas, pertenecientes a profesión directamente relacionada con los bienes a valorar o específicamente dedicadas a peritaciones.

5.— Que la retribución a percibir por el experto designado será determinada por el propio Registrador, el cual podrá, si así lo prefiere, limitarse a fijar únicamente los criterios para el cálculo de la misma.

6.— Que luego de aceptado el cargo por el experto designado, para lo cual el Reglamento le concede el plazo de 5 días desde la fecha de la oportuna notificación, aquél deberá elaborar su informe, necesariamente por medio de escrito debidamente razonado, dentro del mes siguiente a partir de la fecha de aceptación del nombramiento, salvo que a solicitud del mismo experto, y mediando causa excepcional, el Registrador le conceda un plazo mayor.

7.— Que la no emisión del informe dentro de los citados plazos llevará consigo la caducidad del encargo y la necesidad de un nuevo nombramiento por el Registrador, sin perjuicio de la responsabilidad que para el incumplidor pudiera derivarse.

8.— Que, una vez emitido el informe, el experto deberá entregar el original a quien solicitó su nombramiento y una copia, debidamente firmada, al Registrador Mercantil que lo nombró, el cual lo incorporará al expediente extendiendo a continuación la oportuna diligencia de cierre del mismo, así como la correspondiente nota al margen del asiento del nombramiento dejando así constancia de todo ello.

Cuando el objeto de las aportaciones no dinerarias esté constituido por bienes muebles o inmuebles, recaiga sobre derechos asimilados a ellos o consista en un derecho de crédito, las responsabilidades que contrae el aportante continúan con idéntico tratamiento al que se recogía en el artículo 31 de la Ley de 17 de julio de 1951. Por el contrario, la responsabilidad que respecto de la obligación de saneamiento en el supuesto de aportación de una empresa o establecimiento, mercantil o industrial (aunque estas últimas expresiones se hayan eliminado del artículo 39,3 del Texto refundido) no se resuelven hoy por medio de la simple remisión al art. 1.532 del Código Civil según el cual, si bien el cedente responde de la legitimidad del todo en general no quedará obligado al saneamiento de cada una de las partes de que se componga, salvo en el supuesto de evicción del todo o de la mayor parte, sino que se agudiza aún más en el sentido de que la obligación de saneamiento del conjunto surgirá para el aportante no sólo en el caso de que la evicción o vicio recaiga sobre la totalidad sino también en los supuestos que afecten a alguno de los elementos que sean esenciales para su normal explotación. Y añade el nuevo precepto que asimismo procederá el saneamiento individualizado de aquellos elementos de la empresa aportada que sean de importancia por su valor patrimonial.

11. ADQUISICIÓN DE BIENES POR LA SOCIEDAD

De estricta adaptación al Derecho de la Comunidad Europea, y más concretamente a lo establecido en el art. 11 de la Segunda Directiva, es la regulación que en el art. 41,1 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, se hace respecto de ciertas adquisiciones onerosas de bienes por la sociedad, cualquiera que sea el transmitente, dentro de los dos años siguientes a la fecha de su constitución, exigiéndose al efecto la previa aprobación por la Junta General si la contraprestación a satisfacer es superior al diez por ciento del capital social, debiéndose poner a disposición de los accionistas, al tiempo de la convocatoria, dos informes, de los cuales uno habrá de estar elaborado por los Administradores y, el otro, por expertos designados en la forma que ya expusimos al referirnos a las aportaciones no dinerarias, y sin que todo ello sea aplicable cuando las adquisiciones se hallen comprendidas en las operaciones ordinarias de la sociedad, o se verifiquen en Bolsa de valores o mediante subasta pública.

Poco se aparta pues el Texto refundido del mandato comunitario. Efectivamente, la referida Directiva viene a disponer que la adquisición por parte de la sociedad de cualquier activo perteneciente a una persona o a una sociedad por un contravalor de al menos una décima parte del capital suscrito, será objeto de verificación y publicidad, y se someterá a la aprobación de la Junta General cuando el correspondiente negocio jurídico haya de tener lugar antes de la expiración del plazo que se fije por la legislación nacional y que no podrá ser inferior a dos años a partir del momento de la constitución social o del instante en que por la misma se obtenga la correspondiente autorización para comenzar sus actividades. Igualmente los Estados miembros podrán prever la aplicación de estas disposiciones cuando el bien que se proyecte adquirir pertenezca a un accionista o a cualquiera otra persona. En todo caso, la expresada limitación no se aplicará a las adquisiciones hechas en el marco de las operaciones corrientes de la sociedad, ni a las adquisiciones efectuadas por iniciativa o bajo control de una autoridad administrativa o judicial, ni a las adquisiciones llevadas a cabo en Bolsa.

12. FUSIÓN DE SOCIEDADES

Bajo el epígrafe “De la transformación, fusión y escisión” del Capítulo VIII, el Texto refundido lleva a cabo la armonización de nuestro Derecho societario a la normativa que se comprende en la Tercera y Sexta Directivas del Consejo de las Comunidades Europeas, de 9 de octubre de 1978 y 12 de diciembre de 1982, respectivamente.

Dentro del mismo la figura jurídica más afectada es la fusión, razón por la que aquí me concretaré únicamente a ella, dejando fuera de este trabajo las de la transformación y escisión.

La Tercera Directiva, después de establecer que los Estados miembros organizarán tanto la fusión por absorción de una o varias sociedades por otra como la fusión por constitución de una nueva, y que aquéllos podrán además prever que en este último caso la fusión tenga lugar igualmente cuando una o varias de las sociedades que desaparezcan se hallen en liquidación siempre que esta posibilidad sólo se otorgue a las sociedades que todavía no hayan comenzado el reparto de los activos entre sus accionistas, define a la primera como “la operación por la cual una o varias sociedades transfieren a otra, como consecuencia de una disolución sin liquidación, la totalidad de su patrimonio, activo y pasivo, mediante la atribución a los accionistas de la sociedad o sociedades absorbidas de acciones de la absorbente y, eventualmente, de una compensación en especie que no supere el 10% del valor nominal de las acciones atribuidas o, a falta de valor nominal, de su valor contable”.

De lo expuesto en el párrafo anterior y de la simple lectura del art. 142 de la derogada Ley de 17 de julio de 1951 resulta evidente que la concepción del instituto de la fusión en nuestro Derecho societario no era distinta de la recogida en la Tercera Directiva, salvo determinados matices que para nada trascienden a su auténtico significado y alcance jurídicos. E igual afirmación puede hacerse respecto del citado art. 142 en relación con la nueva redacción que al mismo le confiere el Texto refundido en su art. 233, excepción hecha de lo que se refiere a la aludida compensación, adoptada también ahora por nuestro Derecho positivo en el art. 247 del propio Texto, de tal modo que, a partir del 1 de enero de 1990, cuando sea necesario ajustar el tipo de canje de las acciones en orden a la participación de los accionistas de las entidades absorbidas en la absorbente, los mismos, conforme reza el nuevo precepto po-

drán recibir, además, una compensación en dinero que no exceda del 10% del valor nominal de las acciones atribuidas.

El legislador español ha aprovechado igualmente para acoger, no obstante el carácter potestativo con que se configura en la Tercera Directiva, la posibilidad de que, a partir del 1 de enero de 1990, las sociedades en período de liquidación participen en cualquier fusión “siempre que no hayan comenzado el reparto de su patrimonio entre los accionistas”.

La necesaria elaboración previa de un proyecto de fusión inexistente hasta ahora en nuestro Derecho de sociedades, y el depósito del mismo en el Registro Mercantil correspondiente a cada una de las sociedades participantes se halla contemplada en el art. 5 de la Tercera Directiva pues según el mismo “los órganos de administración o de dirección de las sociedades que se fusionen establecerán por escrito un proyecto de fusión”, cuyas menciones mínimas recoge el art. 235 del Texto refundido, aunque agregando a ellas las de la necesaria consignación de los datos identificadores de su inscripción en el Registro Mercantil; la determinación del tipo de canje de las acciones, que en todo caso habrá de hacerse sobre la base del valor real del patrimonio social; y aquellos otros que resulten de la común aplicación de la norma a las dos modalidades de fusión, o sea, a la que tiene lugar por absorción y a la que se produce para constituir una nueva sociedad, claramente explicitadas en el citado Texto tanto cuando se refiere a “los derechos que vayan a otorgarse en la sociedad absorbente o en la nueva sociedad que se constituya a los titulares de acciones de clases especiales” como al aludir a “las ventajas de cualquier clase que vayan a atribuirse en la sociedad absorbente o en la nueva sociedad a los expertos independientes que intervengan en el proyecto de fusión, así como a los administradores de las sociedades que se fusionen, de la absorbente o de la nueva sociedad”. Matizaciones estas últimas que son simple consecuencia de la remisión expresa que el art. 23 de la citada Tercera Directiva hace al art. 5 de la misma antes invocada con la quizá ociosa concreción de que para tal aplicación las expresiones “sociedades que se fusionan” o “sociedad absorbida” designarán a las sociedades que desaparecen y la expresión “sociedad absorbente” designará a la nueva sociedad.

Depositado el proyecto de fusión en el Registro Mercantil que corresponda a cada una de las sociedades participantes en el mismo, la subsiguiente calificación registral habrá de ceñirse a verificar si aquél reúne todos y cada uno de los requisitos o menciones exigidas por el propio Texto y a si se halla debidamente suscrito por los Administradores de las sociedades partícipes en

la futura cesión. Si todo ello se cumpliera debidamente el Registrador tendrá por bien efectuado el depósito y practicará las correspondientes notas marginales tanto en el Libro Diario como en la respectiva hoja abierta a la sociedad, comunicándolo a continuación al Registro Mercantil Central en orden a la publicación inmediata, en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, del anuncio referente al hecho del depósito en sí y al de la fecha en que éste se hubiese realizado.

Es preceptivo, en todo caso, el informe de expertos independientes quienes habrán de pronunciarse, por separado o en dictamen único si así lo pidieren los Administradores de todas las sociedades, no sólo sobre el proyecto mismo sino también sobre el patrimonio aportado por las entidades que se extinguen. Es así como el Texto refundido se acoge al contenido del art. 10,1, de la Tercera Directiva, según el cual “por cada una de las sociedades que se fusionen, uno o varios peritos independientes de éstas, designados o reconocidos por una autoridad judicial o administrativa, examinarán el proyecto de fusión y establecerán un informe escrito destinado a los accionistas. No obstante, la legislación de un Estado podrá prever la designación de uno o varios peritos independientes para todas las sociedades que se fusionen, si esta designación, a petición conjunta de estas sociedades, fuera hecha por una autoridad judicial o administrativa. Estos peritos podrán ser, según la legislación de cada Estado miembro, personas físicas o jurídicas, o sociedades”.

El nuevo Texto refundido, ciñéndose al apartado 2) del art. 10 de la Tercera Directiva, exige que el informe de los invocados expertos independientes se contraiga necesariamente a las siguientes manifestaciones:

- a) si el patrimonio aportado por las sociedades que se extinguen es idéntico al capital de la nueva sociedad o al aumento de capital de la absorbente;
- b) si el tipo de canje de las acciones se halla justificado o no es pertinente;
- c) los métodos que se hayan utilizado para establecer dichos tipos de cambio y si tales métodos han sido los adecuados para tal determinación, y
- d) las dificultades especiales de valoración que existieren.

Es de tener presente que el acuerdo de fusión, cuando la absorbente o la nueva sociedad que surja fuere colectiva o comanditaria, requerirá necesariamente el consentimiento unánime de los accionistas que en el futuro y como consecuencia de la nueva forma social se constituyan en responsables personales de las deudas.

Tratándose de sociedades anónimas, el Texto refundido, siguiendo el mismo criterio existente con anterioridad al momento de su publicación así como el recogido en el art. 7 de la Tercera Directiva, establece que el acuerdo de fusión deberá adoptarse en junta general de cada una de las sociedades interesadas si bien requiriéndose en primera convocatoria, la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean el cincuenta por ciento, como mínimo, del capital suscrito con derecho a voto, y bastando para la válida constitución en segunda convocatoria el concurso de la cuarta parte de dicho capital.

El Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas ha modificado el quorum de votos en segunda convocatoria tanto para el supuesto de fusión que aquí contemplamos como para los de transformación, disolución, aumento o disminución del capital, emisión de obligaciones o cualquiera otra modificación de estatutos, pues mientras que para el supuesto de concurrencia de socios con derecho a voto, presentes o representados, cuya cifra de capital suscrito sea igual, al menos, al cincuenta por ciento del mismo, bastará el pronunciamiento favorable de la mayoría, cuando el concurso de dichos accionistas represente menos del citado porcentaje del capital social se precisará que el acuerdo se halle conformado con el voto favorable de los dos tercios de aquéllos. El acuerdo adoptado sin el expresado quorum mínimo, o del que por encima del mismo pudiera establecerse en los correspondientes estatutos sociales carecerá, como ya sucedía con la redacción del art. 58 de la Ley de 17 de julio de 1951, de toda validez.

El acuerdo de fusión será objeto de tres publicaciones en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en dos periódicos de gran circulación en las provincias a que corresponda el domicilio de cada una de las sociedades fusionadas, consignándose expresamente en las mismas el derecho de los accionistas para solicitar y obtener el texto íntegro del acuerdo y del balance de fusión, y la facultad que asiste a los acreedores para oponerse a ella.

Reduce el Texto refundido a uno el anterior plazo de tres meses, contados desde la fecha del último anuncio del acuerdo, para la efectiva realización de la fusión, durante el cual los acreedores de cada una de las sociedades objeto de la misma estarán facultados para oponerse hasta que se les garanticen los créditos pendientes de vencimiento en el instante de la publicación a no ser que ya se hallen afianzados con garantía adecuada. Igual derecho de oposición corresponderá a los obligacionistas en el supuesto caso de que la fusión se hubiese aprobado por la Junta General de la sociedad sin la previa aprobación por la Asamblea de esta clase de acreedores.

Por último, autorizada la escritura de fusión, en cuyo otorgamiento tendrán que intervenir necesariamente todas las sociedades participantes, e inscrita ésta en el Registro Mercantil, habrá de llevarse a cabo la correspondiente publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

13. EXENCIONES FISCALES Y REDUCCIÓN DE DERECHOS ARANCELARIOS

¿Y qué ocurre con los cuantiosos gastos que, tanto de carácter fiscal como por el concepto de derechos devengables por Notarios y Registradores Mercantiles, comportará la adecuación de las sociedades constituidas con anterioridad a la entrada en vigor del Texto refundido a las prescripciones del mismo?

Tal interrogante, constantemente formulada en las sesiones de trabajo y coloquios celebrados en torno a los borradores que culminarían en el proyecto de Ley 121/81, se resolvía en su disposición transitoria cuarta declarándose la exención de tributos y exacciones de todas clases respecto de los actos y documentos legalmente necesarios siempre que se celebraren dentro de plazo, y mediante la oportuna reducción, a fijar por el Gobierno, en los derechos que los Notarios y Registradores Mercantiles hubieren de percibir, según aranceles, por todo ello.

El Texto refundido recoge literalmente en su disposición transitoria séptima el párrafo anterior y lo amplía extendiendo tales exenciones fiscales y bonificaciones de honorarios a los nuevos sujetos obligados a inscribirse como consecuencia de su propia normativa.