

**B. DERECHO
MERCANTIL**

**PATRIMONIO NETO SOCIAL.
RESTABLECIMIENTO**

**Núm.
67/2004**

Patricia ORTIZ SEIJAS
Licenciada en Derecho

• **ENUNCIADO:**

Don Pedro acude a un despacho de abogados con la finalidad de restablecer el Patrimonio Neto de España, S.A. (en adelante, la Sociedad), de la que es Administrador Único. El capital social suscrito es de 360.000 euros. Las reservas ascienden a la cantidad de 1.000.000 de euros; el resultado de ejercicios anteriores arroja el saldo positivo de 335.000 euros; y las pérdidas, que todavía no son definitivas al no haber concluido el ejercicio, se estiman en la cantidad de 2.400.000 euros. En definitiva, unos Fondos Propios de (-)705.000 euros. El ejercicio social de España, S.A. finaliza el 31 de diciembre.

Como consecuencia de lo anterior, el citado Despacho de abogados emite un informe con la finalidad de analizar las diferentes posibilidades legales y sus implicaciones fiscales existentes en nuestro ordenamiento jurídico que permitan restablecer el Patrimonio Neto de la Sociedad, optando por alcanzar la alternativa más beneficiosa y menos costosa que permita presentar un balance lo más saneado posible. Asimismo, y dada su condición de Administrador, Don Pedro solicita que se estudien las posibles responsabilidades derivadas de esta situación para con él.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

1. Infracapitalización: causa legal de disolución. Responsabilidad de los Administradores.
2. Alternativas para restablecer el patrimonio neto de la sociedad.

• **SOLUCIÓN:**

1. El artículo 260.4 de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA) establece que las sociedades anónimas se disolverán por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente. Conforme a lo establecido anteriormente, la Sociedad podría encontrarse sujeta a las disposiciones del citado artículo. En este sentido entendemos que la Sociedad se encontraría en una causa legal obligatoria de disolución.

El artículo 262.2 de la LSA dispone que los administradores deberán convocar Junta General en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución. Cualquier accionista podrá requerir a los administradores para que convoquen la junta si, a su juicio, existe causa legítima para la disolución.

Sin embargo, la Ley no precisa cuándo comienza a computarse el citado plazo de dos meses. En este sentido, la doctrina mayoritaria entiende que comenzará a computarse el citado plazo a partir del momen-

to en el cual los administradores debieron haber conocido la situación de disolución, que se entiende es en el momento en el que tengan ya un reflejo e imagen fiel y definitiva de la Sociedad, es decir, con el Balance cerrado y definitivo a fecha del cierre del ejercicio social (a 31 de diciembre, en este caso).

Los administradores deben tomar conocimiento de la situación patrimonial de la compañía con ocasión de la formulación de las cuentas de la Sociedad, que debe producirse, como máximo, en el plazo de tres meses a contar desde el cierre del ejercicio social. En el caso de la Sociedad, dado que el cierre de su ejercicio económico se produce anualmente a fecha 31 de diciembre, la fecha máxima para formular las cuentas anuales es el 31 de marzo siguiente y, por tanto, hasta ese momento podrán sostener los administradores que no han tenido un conocimiento definitivo de la situación patrimonial de la Sociedad.

No obstante lo anterior, existe un sector doctrinal que defiende una posición más agresiva que entiende que en tanto en cuanto las cuentas anuales no son sometidas a su aprobación por la Junta General, no son estados financieros definitivos.

Siguiendo este criterio, el plazo de dos meses comenzaría a computarse a partir de la aprobación de las cuentas de la sociedad, que puede producirse como máximo en el plazo de seis meses a contar desde el cierre del ejercicio social, lo que para la Sociedad sería el 30 de junio.

Las consecuencias legales para aquellos administradores que no convocaran Junta General, para la adopción del acuerdo de disolución, dentro de los dos meses mencionados en el punto anterior, son las siguientes:

- Los administradores de la sociedad responderán solidariamente por las obligaciones y deudas de la Sociedad que se hubieran contraído antes de haber tomado la decisión o acuerdo de restablecimiento del patrimonio social o antes del acuerdo de disolución.

- Cualquier tercero interesado (acreedores, socios o administradores) podrá solicitar la disolución judicial de la sociedad.

2. Las diferentes opciones que nos ofrece nuestro ordenamiento jurídico para el restablecimiento del patrimonio neto de la Sociedad, son las siguientes:

- a) Reducción del capital para compensar las pérdidas sociales.
- b) Aumento del capital social.
- c) Reducción del capital y subsiguiente aumento del capital social (Operación Acordeón).
- d) Aportación de los accionistas para compensar pérdidas.
- e) Préstamo participativo.

Pasamos a analizar cada una de ellas:

a) *Reducción del capital para compensar pérdidas sociales.*

La reducción de capital deberá comprender los siguientes requisitos:

- Deberá ser aprobado por la Junta General de Accionistas, y expresar la cifra de reducción de capital, la finalidad de la reducción, el procedimiento mediante el cual la sociedad ha de llevarlo a cabo, y el plazo de ejecución.

- Asimismo, el acuerdo de reducción deberá elevarse a escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil.

- El acuerdo de reducción del capital deberá ser publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en dos periódicos de gran circulación en la Provincia en la que la sociedad tenga su domicilio.

Es importante señalar que al tratarse en este caso de una reducción realizada con la finalidad de restablecer el capital y el patrimonio de la sociedad, no existirá derecho de oposición a la reducción por parte de los acreedores sociales.

Finalmente se preparará un balance que deberá estar aprobado por la Junta General, previamente auditado por los auditores de la sociedad.

b) Aumento del capital social.

- El acuerdo de aumento de capital deberá ser adoptado por la Junta General de Accionistas, que deberá recogerse en una certificación expedida por el Secretario del Consejo de Administración con el Visto Bueno del Presidente.

La contraprestación del aumento de capital puede ser dineraria o no dineraria. En el supuesto de que la aportación fuera dineraria, al ser ésta una sociedad anónima, podría llegar a desembolsarse inicialmente sólo un 25 por 100 del importe a ampliar.

En el supuesto de realizarse un desembolso inicial del 25 por 100 los subsiguientes desembolsos deberán a su vez ser adoptados y recogidos en la oportuna certificación que se realice al efecto y a su vez elevada a público ante notario autorizante. Se deberá contar igualmente con la certificación expedida por el Banco correspondiente, comprensiva de haberse realizado el oportuno desembolso.

- Posteriormente, el aumento de capital social deberá ser elevado a escritura pública.
- La escritura del aumento de capital y, en su caso, de los subsiguientes desembolsos de los dividendos pasivos existentes, deberá inscribirse en el Registro Mercantil correspondiente.

c) Reducción del capital a cero y consiguiente aumento del capital (Operación Acordeón).

La Sociedad podría reducir su capital social a cero y simultáneamente incrementarlo hasta una cantidad necesaria para restablecer su equilibrio patrimonial, de tal manera que no se encuentre ni en causa de reducción ni de disolución obligatorias.

Los requisitos formales son los siguientes:

- El acuerdo de reducción y de ampliación simultánea deberá ser aprobado por la Junta General de Accionistas.

- Asimismo, los acuerdos deberán elevarse a escritura pública, e inscribirse en el Registro Mercantil.

- Ambos acuerdos se deberán publicar en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en dos periódicos de mayor circulación de la Provincia en el que la sociedad tenga su domicilio.

d) Aportaciones de los accionistas para compensar pérdidas.

Estas aportaciones no son en sí mismas operaciones societarias sino más bien contratos o actos realizados por los accionistas. Serán aprobadas por la Junta General de Accionistas, pero no precisan ser elevados a escritura pública (sino tan sólo con la legitimación de sus firmas) ni inscritos en el Registro Mercantil.

En este sentido, las aportaciones que realicen los accionistas, no formarán parte del capital social, sino que serán destinadas directamente a compensar las pérdidas sociales.

e) *Préstamo participativo.*

Esta clase de préstamos aparecen regulados en el artículo 20 del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas Urgentes de Carácter Fiscal y de Fomento y Liberalización de la Actividad Económica, modificado el apartado d) por Ley 10/1996, de 18 de diciembre, de Medidas Fiscales Urgentes sobre Corrección de la Doble Imposición Interna Intersocietaria y sobre Incentivos a la Internacionalización de las Empresas.

Conforme con las disposiciones estudiadas, los préstamos participativos, mercantilmente, tienen la consideración de Fondos Propios.

El citado artículo establece:

«Artículo 20. *Préstamos participativos.*

Uno. Se considerarán préstamos participativos aquellos que tengan las siguientes características:

a) La entidad prestamista percibirá un interés variable que se determinará en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria. El criterio para determinar dicha evolución podrá ser: el beneficio neto, el volumen de negocio, el patrimonio total o cualquier otro que libremente acuerden las partes contratantes. Además, podrán acordar un interés fijo con independencia de la evolución de la actividad.

b) Las partes contratantes podrán acordar una cláusula penalizadora para el caso de amortización anticipada. En todo caso, el prestatario sólo podrá amortizar anticipadamente el préstamo participativo si dicha amortización se compensa con una ampliación de igual cuantía de sus fondos propios y siempre que éste no provenga de la actualización de activos.

c) Los préstamos participativos en orden a la prelación de créditos, se situarán después de los acreedores comunes.

d) Los préstamos participativos se considerarán patrimonio contable a los efectos de reducción del capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil.

Dos. Los intereses devengados tanto fijos como variables de un préstamo participativo se considerarán partida deducible a efectos de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades (IS) del prestatario.»

De la lectura del citado artículo, transcrito para mayor facilidad en su estudio, puede establecerse lo siguiente:

- En estos préstamos la entidad prestamista recibe un interés variable que se determinará en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria, así como podrán acordar un interés fijo con independencia de la evolución de la actividad. El criterio para determinar dicha evolución podrá ser, entre otros: el beneficio neto; el volumen de negocio; el patrimonio total; cualquier otro que pacten las partes contratantes.

- El prestatario sólo podrá amortizar anticipadamente el préstamo participativo si dicha amortización se compensa con una ampliación de igual cuantía de sus fondos propios.

- Los préstamos participativos en orden a la prelación de créditos se situarán después de los acreedores comunes.

- Los préstamos participativos se consideran patrimonio contable a los efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades, previstas en la legislación mercantil.

- Todos los intereses pagados son deducibles en el IS.

A los efectos que aquí interesa, cabe destacar que el préstamo participativo podrá concederse por cualquiera de los socios o por un tercero. Igualmente, el préstamo participativo podrá concederse mediante la transformación de deudas actuales a corto plazo, que la sociedad deba a alguno de los socios o a terceros; o a través de transferencia de nuevos fondos.

Las ventajas de esta alternativa respecto de las anteriores son las siguientes:

- No existe ningún acuerdo societario.
- El préstamo participativo no tiene que reflejarse en escritura pública. Por tanto, las partes podrán acordar el préstamo participativo a través de un contrato privado, sin necesidad de incurrir en el coste de honorarios de Notario.
- Dicho contrato no tiene que inscribirse en ningún registro oficial, evitando el correspondiente coste.

Por todo ello, se concluye como opción más ventajosa y beneficiosa para restablecer el Patrimonio Neto de la Sociedad esta última, sin perjuicio de que el resto de las alternativas comentadas puedan ser aplicadas si se prefiere, puesto que cumplen la legalidad existente en cada caso.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- **Ley 10/1996 (Medidas Fiscales Urgentes sobre Corrección de la Doble Imposición Interna Intersocietaria y sobre Incentivos a la Internacionalización de las Empresas).**
- **RDL 7/1996 (Medidas Urgentes de Carácter Fiscal y de Fomento y Liberalización de la Actividad Económica).**
- **RDLeg. 1564/1989 (TRLISA).**