

¿Hacia un nuevo derecho de sociedades? Reflexiones desde el derecho español



JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO

Abogado por la Universidad de Zaragoza.

Doctor en Derecho por la Universidad de Alcalá de Henares.

Profesor de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia.

Investigador principal del Proyecto "Crisis económica y Derecho de sociedades",
concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad de España.

SUMARIO:

- I. Introducción: la vitalidad del Derecho de sociedades.
- II. La producción del Derecho de sociedades contemporáneo: el protagonismo del legislador y su influjo en la autonomía de la voluntad.
 1. Premisa.
 2. El predominio del legislador y el juego efectivo de la libertad contractual.
- III. Estabilidad del Derecho de sociedades y estabilidad de la sociedad como persona jurídica.
 1. La consolidación de la inestabilidad en el Derecho de sociedades.
 2. La inestabilidad de la sociedad individualmente considerada por el auge de las modificaciones estructurales.
- IV. La regulación de las sociedades en la Propuesta de Código Mercantil.
 1. Consideraciones generales sobre el sentido y el alcance de la Propuesta.
 2. La estabilidad normativa y la pretensión de totalidad como características previas de la regulación de las sociedades en la PCM.
 3. Los sujetos.
 - 3.1. Las sociedades mercantiles.
 - 3.2. Las uniones de empresas, con especial referencia a los grupos.
 4. La sistemática.
- V. El relieve de la PCM para el ordenamiento español y para el Derecho de sociedades de nuestro tiempo (a modo de conclusión).



El presente trabajo desarrolla y completa la ponencia presentada al VII Encuentro hispano-italiano de Derecho Mercantil, celebrado en Madrid el 25 de octubre de 2013. Es integrado, asimismo, en el proyecto de investigación "Crisis económica y Derecho de sociedades" (DER 18660-2010), subvencionado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

I. INTRODUCCIÓN: LA VITALIDAD DEL DERECHO DE SOCIEDADES

Hablar, aunque sea bajo forma interrogante, de un "nuevo" Derecho de sociedades constituye, sin duda, una licencia expresiva y, como en la vieja letra de cambio, atesora una dosis no desdeñable de "valor entendido". En realidad, una disciplina jurídica tradicional, como ésta, y dotada de amplia regulación en la mayoría de los países, con, a la vez, aportaciones doctrinales continuas y relevantes, no es fácil de inventar ni tan siquiera de perfilar en un limitado encuentro como el que ahora nos reúne; y ello es así aunque restrinjamos el campo de trabajo al intento de adivinar su evolución en el futuro inmediato. Al margen de estos matices introductorios, no obstante, puede que detrás del enfático enunciado que encabeza esta reunión haya algún elemento relevante y, lo más importante, de especial significación precisamente para adivinar el curso evolutivo de nuestra disciplina. Si esto fuera así, quizá el elemento principal de nuestras preocupaciones en el día de hoy consistiría, aunque parezca obvio, en reiterar no sólo la existencia, sino la conveniencia, del Derecho de sociedades como categoría jurídica autóno-

ma. Esta afirmación puede parecer innecesaria además de perogrullesca, pues resulta difícil sostener, tanto en el ordenamiento italiano como el español, que el Derecho de sociedades, disciplina dotada en nuestro tiempo de una innegable vitalidad no exenta de elementos contradictorios¹, pueda quedar al margen de esa condición de "categoría jurídica autónoma", que le ha acompañado estrechamente a lo largo, al menos, del pasado siglo.

Siendo cierto todo lo anterior, no deberíamos olvidar que numerosos juristas, expertos, precisamente, en el Derecho de sociedades, y una no menos destacada corriente de pensamiento, influyente en los últimos años en la conformación no sólo de nuestra disciplina, sino del entero Derecho mercantil y aun de otras ramas del ordenamiento, ha coqueteado con la idea contraria, postulando la banalidad del Derecho de sociedades e, incluso, su inevitable desaparición². Dicha corriente, el análisis económico del Derecho, quizá no pretendía sostener lo que literalmente cabe deducir de ciertos trabajos o de algunas notorias opiniones, más ligeros, tanto en la forma como en el fondo, de lo que ha de suponerse a un estudio pretendidamente científico. En realidad, lo que tales criterios venían a mantener era la irrelevancia, plena y absoluta, de una cierta forma de comprender y construir el Derecho de sociedades, bien consolidada, conceptual e históricamente y predominante, por otra parte, en la mayor parte de los países, incluyendo entre ellos, por supuesto, a los ordenamientos italiano y español³. De lo que se trataba, entonces, era de configurar un nuevo Derecho de sociedades,

1. Al respecto, EMBID IRUJO, José Miguel. *Sobre el Derecho de sociedades de nuestro tiempo. Crisis económica y ordenamiento societario*. Granada: Comares, 2013.
2. Por muchos, HANSMANN, H. y KRAAKMAN, R. "The End of History for Corporate Law". *Georgetown Law Journal* 89, 2001, p. 439 y ss.
3. La cuestión, en realidad, desborda el estrecho marco del Derecho de sociedades para extenderse no sólo al Derecho Mercantil, como estructura sistemática de encuadramiento de aquél, al menos en la tradición española, sino también a otros sectores del ordenamiento, incluyendo materias propias del Derecho público. Además de esta perspectiva, estrictamente jurídica, el asunto descrito en el texto puede verse como una etapa más de la singular relación entre Derecho y Economía, situada en estos últimos años en un contexto de predominio absoluto de esta última y descrédito del primero. Como en otras cuestiones, al intensidad y duración de la crisis ha servido para relativizar estas premisas, que parecían obvias no sólo a los economistas partidarios del análisis económico del Derecho, sino también a numerosos juristas, deslumbrados y quizá también desconcertados por la aparente exactitud de la Ciencia económica frente al andar cansino y poco estimulante del Derecho y de su

adaptado a los imperativos del análisis económico del Derecho y en el que la propia sociedad, como entidad jurídica, se diluía en el seno del "nexo de contratos" que, para dicha orientación, constituían su verdadera razón de ser.

La actual crisis económica ha disminuido la intensidad de tales argumentos y ha venido, si se quiere paradójicamente, a confirmar la validez de algunas suposiciones que se pensaban caducadas. La más notoria, como decíamos hace un momento, es la propia continuidad del Derecho de sociedades e, incluso, su marcada vitalidad, expresada en la gran mayoría de los ordenamientos a través de una incesante actividad legislativa, muchas veces concebida como arbitrio idóneo para superar o, cuando menos, reducir las consecuencias más gravosas de la crisis para las empresas. Pero, sin perjuicio de esta circunstancia, debe señalarse, del mismo modo, que el Derecho de sociedades de nuestro tiempo, sometido a una reforma también continua, ha absorbido categorías e ideas propias del análisis económico del Derecho, dando lugar, así, a un "constructo" jurídico inestable que integra hoy en su seno perspectivas heterogéneas no siempre fáciles de conciliar⁴.

Formular, en este contexto, los caracteres del actual Derecho de sociedades, buscando criterios seguros para comprender su inmediata evolución, no es tarea fácil ni el presente trabajo pretende encontrar el "hilo de Ariadna" que muestre con nitidez las claves de tan complicado asunto; a lo que aspira, únicamente, es a enunciar con claridad algunas de las circunstancias más destacadas de nuestra disciplina en la hora

presente. Se trata, por lo común, de temas que bien podrían denominarse externos, pues no se refieren, propiamente, al contenido del Derecho de sociedades, sino, más bien, a extremos que circundan a la disciplina; tales temas se sitúan, de un lado, en el conocimiento de los mecanismos predominantes para su producción, en el momento presente, así como, de otro, en la apreciación de si nos encontramos ante una materia jurídica estable y segura o, más bien lo contrario, y sí, en esa misma línea, es la estabilidad de la sociedad "en sí" un objetivo particular de la legislación.

Sólo en la segunda parte del trabajo, incidiremos, si bien de manera limitada, en el específico contenido del Derecho de sociedades, a propósito de un reciente intento reformista, cuya extensión y cuya profundidad merecen más detalle del que aquí puede prestársele. Dicha tendencia de cambio legislativo aparece en la todavía reciente Propuesta de Código Mercantil, divulgada en España el pasado año 2013, que, como su propio nombre indica, no sólo aspira a reformar el Derecho de sociedades sino el entero edificio del Derecho Mercantil español. Restringiendo ahora nuestra atención a la normativa societaria, debe señalarse en este momento introductorio, que la Propuesta representa, aun seguramente sin pretenderlo, una orientación contraria a lo que viene siendo habitual en los últimos años a propósito del Derecho de sociedades: frente a una legislación detallada, de vigencia restringida, y de planteamiento minucioso, la Propuesta española *codifica* el Derecho de sociedades y, por tal motivo, aspira a ser una regulación duradera, en la medida en que hoy puede decirse tal cosa de un producto legisla-

técnica tradicional. Da la impresión, por ello, de que se hace precisa una cierta autocritica por parte de un grupo relevante de juristas, ante el indudable sesgo ideológico inherente a los diversos postulados de dicha corriente de pensamiento, que la crisis, una vez más, ha permitido poner al descubierto; en este sentido, desde la perspectiva del *Corporate Governance*: ABRIANI, N. "Il governo societario alla prova della crisi". En: ABRIANI, N. y EMBID IRUJO, José Miguel (Dir.), FERRANDO VILLALBA, María L. y MARTÍ MOYA, V. (Coord.). *Crisis económica y responsabilidad en la empresa*. Granada: Comares, 2013, pp. 92-94. Con un planteamiento más general, es, en esta línea, de gran interés el trabajo de STÜRNER, R. "Das Zivilrecht der Moderne und die Bedeutung der Rechtsdogmatik". *JZ*, 1/2012, p. 10 y ss.

4. Por muchos, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. "Desregulación, crisis sistémica y modernización del Derecho de sociedades". En: FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; EMBID IRUJO, José Miguel; RECALDE CASTELLS, A. y LEÓN SANZ, F. (Dir.). *Liber Amicorum prof. José María Gondra Romero*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 175 y ss.

tivo. Con independencia, por el momento, de la suerte que pueda correr la Propuesta, desde el punto de vista de su tramitación parlamentaria (en el caso de que llegue a darse), merece mucho la pena prestar atención a su contenido, a fin de apreciar, aunque sea de manera sumaria, los caracteres básicos de la regulación, en su seno, del Derecho de sociedades.

II. LA PRODUCCIÓN DEL DERECHO DE SOCIEDADES CONTEMPORÁNEO: EL PROTAGONISMO DEL LEGISLADOR Y SU INFLUJO EN LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

1. Premisa.

Uno de los elementos "externos" que circunda hoy el desarrollo del Derecho de sociedades es el protagonismo del legislador⁵, bien nacional, en la mayoría de los casos, bien supranacional, como se pone de manifiesto, con especial relieve, en la Unión Europea⁶. Esta idea, que puede parecernos, de nuevo, evidente, no lo es tanto si se repasan los argumentos predominantes de los últimos años en torno a la renovación de nuestra disciplina, dentro de los cuales ha ocupado lugar preeminente la eficiencia, entendida como el objetivo esencial al que ha de tender la legislación. Para lograr tal finalidad, postulada por el análisis económico del Derecho, el instrumento preferen-

te es el de la autorregulación, con la consiguiente reducción, o supresión, para los autores más "radicales", de las normas de naturaleza imperativa. Si se mira bien, postular la autorregulación, con la intensidad que se hizo, a propósito, entre otros extremos, de los códigos de buen gobierno, fue, en su momento, una indudable exageración que no se correspondía con la realidad de la sociedad cotizada, sobre cuya base se trazó buena parte de la reflexión doctrinal de los últimos años en el Derecho de sociedades⁷. Era evidente, incluso para algunos de los más conspicuos partidarios del análisis económico del Derecho, que la autorregulación no podía contemplar las múltiples vertientes de la sociedad cotizada, para cuyo tratamiento era inexorable contar con el legislador y, más precisamente, con un abundante conjunto de normas imperativas⁸.

Este predominio del legislador, por otra parte, no sirve para anular la libertad contractual, como quizá podría pensarse. Por referirse la intervención legislativa, en numerosas ocasiones, a cuestiones predominantemente tipológicas, la libertad contractual ha de ejercerse en el marco de las previsiones del legislador, teniendo en cuenta, claro está, que estas pueden ser precisas o flexibles; el ejemplo de la sociedad por acciones simplificada del Derecho francés constituye, sin duda, el caso más relevante de las segundas, aunque con muchos matices que lo relativizan⁹,

-
5. Más detalles en EMBID IRUJO, José Miguel. *Op. Cit.*, p. 121 y ss., señalando la contribución del legislador a la "modernización" del Derecho de sociedades contemporáneo, uno de las propuestas comunes a la mayoría de los juristas, con independencia de su adscripción ideológica.
 6. Para conseguir una información adecuada sobre el amplio y complejo Derecho europeo de sociedades, véase, por muchos, HABERSACK, M. y VERSE, D. *Europäisches Gesellschaftsrecht. Eine Einführung für Studium und Praxis*. Cuarta Edición. München: Beck, 2011.
 7. Últimamente, BACHMANN, G.; EIDENMÜLLER, H.; ENGERT, A.; FLEISCHER, H.; SCHÖN, W. *Regulating the Closed Corporation*. Berlin / Boston: De Gruyter, 2014, p. 32, quienes ponen de manifiesto los inconvenientes de esta focalización doctrinal para el análisis de los problemas propios de las sociedades cerradas, mucho más numerosas que las cotizadas y de extraordinario relieve, tanto en la realidad económica como social de los distintos países.
 8. Sirva, por muchos, la referencia a HANSMANN, H. y KRAAKMAN, R., "The Contractualization of Organizational Law", en AA.VV. *Unternehmens, Markt und Verantwortung. Festschrift für Klaus J. Hopt, I*. Berlin: De Gruyter, 2010, p. 747 y ss. Esta constatación, con todo, no impide afirmar a numerosos autores que las normas imperativas deberían ser una excepción dentro del Derecho de sociedades (en tal sentido, BACHMANN, G.; EIDENMÜLLER, H.; ENGERT, A.; FLEISCHER, H.; SCHÖN, W. *Op. Cit.*, p. 16), criterio éste más propio, eso sí, con matices, de la sociedad cerrada.
 9. Por muchos, entre nosotros, NAVARRO MATAMOROS, L. *Libertad contractual y flexibilidad tipológica en el moderno Derecho europeo de sociedades: la SAS francesa y su incidencia en el Derecho español*. Granada: Comares, 2009. El

y la sociedad limitada nueva empresa puede ser, desde la perspectiva del Derecho español, un buen exponente de las primeras¹⁰; en una línea intermedia, y dentro del Derecho italiano, podríamos situar las recientes figuras de la sociedad limitada simplificada y la sociedad limitada de capital reducido. Si bien, por ser variedades de la sociedad limitada, su tratamiento se verá inserto en la amplia libertad contractual que caracteriza a esta última en el *Codice Civile*, es verdad, al mismo tiempo, que la utilización de estatutos modelo restringe sensiblemente el juego de la libertad contractual en dichas figuras¹¹.

2. El predominio del legislador y el juego efectivo de la libertad contractual.

En cualquier caso, el protagonismo del legislador se confirma, aunque sea en numerosas ocasiones, con cierta paradoja, para reducir el alcance de las normas imperativas; y con independencia de este característico hecho de nuestro tiempo, es lo cierto también que los medios empresariales parecen preferir, para el eficaz despliegue de su capacidad de autorregulación, de la previa seguridad que otorga la existencia de una norma jurídica. Pero es que, además, la introducción de las nuevas tecnologías para facilitar la constitución rápida de las sociedades mercantiles es, al lado del predominio del legislador, aunque sea, otra vez, con significado paradójico, un nuevo factor limitativo de la autonomía de la voluntad. Ello se debe a que el recurso a los medios telemáticos a tal fin trae consigo, como acompañante inevitable, la nece-

saria utilización de formularios de estatutos sociales previamente redactados, con escasísimo margen de juego para la libertad contractual¹². Este extremo, de previsible generalización en los próximos años, convierte a las sociedades, sobre todo a las de menor dimensión económica, en sujetos "clónicos", sin aparente distinción jurídica exterior, por la identidad o, cuando menos, extrema semejanza de su "norma constitucional" básica, esto es los estatutos sociales.

Bien puede decirse, por ello, que los estatutos, en numerosas ocasiones, no representan sino una "constitución formal" de la sociedad, sin especial relieve en la dinámica concreta, en las tensiones y conflictos, que cada persona jurídica de esta naturaleza pueda experimentar. Para conocer, entonces, la "constitución real" de la sociedad debe recurrirse a otros documentos, donde la autonomía de la voluntad puede desarrollarse sin especiales problemas. Nos referimos a los llamados pactos parasociales, que sirven, en sus muy diversas configuraciones, para dar cauce, si bien con escasa o nula transparencia, a la libre voluntad de los socios en el marco de su actividad societaria. Como es bien sabido, el relieve de estos acuerdos entre socios, superadas ya plenamente las dudas sobre su validez, juegan un papel de extraordinaria importancia en el Derecho de sociedades de nuestro tiempo, extendiendo su influjo a todas las figuras societarias, con independencia de su forma y relieve empresarial.

El tema planteado, ahora sólo esquematizado en algunas de sus vertientes principales, merece

relieve de esta figura, de por sí destacado en Francia, su país de origen, ha adquirido niveles de auténtico éxito en otros ordenamientos, como el colombiano; al respecto, por muchos, REYES VILLAMIZAR, F. *La sociedad por acciones simplificada*. Segunda Edición. Bogotá: Legis, 2010.

10. Por muchos, HIERRO ANIBARRO, S. "Sociedad Nueva Empresa". En: URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; OLIVENCIA, M. (Dir.). *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, XIV-6º. Cizur Menor: Aranzadi, 2010. Conviene advertir que la Propuesta de Código Mercantil prescinde de esta figura, dado su escaso éxito en la práctica empresarial.
11. Dentro de la abundantísima bibliografía sobre estas variedades de la sociedad limitada, motivada, esencialmente, por la incontinencia del legislador italiano, véase, últimamente, MONTAGNANI, C. "Prime (e ultime) osservazioni su S.R.L. ordinaria e semplificata quasi senza (ma con) capitale". *Riv. Dir. Comm.*, CXI, 2013, pp. 395-413 y FERRI Jr., G. "Recenti novità legislative in materia di società a responsabilità limitata". *Ibid.*, pp. 415-423.
12. Un apunte sobre el tema, desde la perspectiva del objeto social, en ALCARAZ RIAÑO, B. "Estatutos tipo, constitución telemática y su incidencia en el objeto social de las sociedades de capital". En ABRIANI, N. y EMBID IRUJO, José Miguel (Dir.), FERRANDO VILLALBA, María L. y MARTÍ MOYA, V. (Coord.). *Op. Cir.*, pp. 65-70.

muchas reflexiones, desde distintos ángulos, y pone de manifiesto el diferente papel que, de hecho, juega la autonomía de la voluntad en el Derecho de sociedades, de acuerdo con la naturaleza y los caracteres de cada sociedad. En el caso de las sociedades cerradas, sobre todo de las de menor dimensión económica, puede decirse que la autonomía de la voluntad se desplaza, casi plenamente, al ámbito de los pactos parasociales, con especial relieve cuando en su suscripción intervienen todos los socios (los llamados pactos omnilaterales)¹³. En el caso de las sociedades abiertas, en cambio, la libertad contractual resulta determinante a la hora de la confección de sus estatutos, haciendo buen uso, por lo general, de los espacios que la regulación legislativa deja a la autonomía de la voluntad¹⁴.

III. ESTABILIDAD DEL DERECHO DE SOCIEDADES Y ESTABILIDAD DE LA SOCIEDAD COMO PERSONA JURÍDICA

1. La consolidación de la inestabilidad en el Derecho de sociedades.

En el marco de los temas que caracterizan al Derecho de sociedades contemporáneo, y dentro de los que tratamos aquí, unificados por su dimensión "externa" a la sociedad, propiamente dicha, se encuentra el relativo a su estabilidad, entendido este término tanto en relación a la disciplina jurídica que nos ocupa, como respecto de las sociedades, aisladamente consideradas.

Hablar de estabilidad de una rama del ordenamiento, cualquiera se ésta, implica, bien como realidad, bien como deseo, afirmar su continuidad, sin que ello impida, claro está, la existencia de modificaciones de contenido concretas y de preferente carácter técnico, orientadas a mejorar el funcionamiento del conjunto normativo de que se trate¹⁵. La idea de estabilidad, asociada, entre otros extremos, a la certeza del Derecho, vendría a ser entonces no tanto o no sólo un criterio para medir el mantenimiento de las pautas básicas de una determinada disciplina jurídica a lo largo de su evolución temporal, sino, sobre todo, una aspiración del jurista, motivada por el deseo de conservar y construir, en su caso, un mejor Derecho.

Referirse, hoy, a la estabilidad del Derecho de sociedades supone hablar retrospectivamente, añorando, quizá, aquellas épocas en las que el dinamismo de los negocios no traía consigo la alteración continua del marco normativo de regulación; épocas de seguridad jurídica y, sobre todo, de certeza del Derecho. En nuestros días, el Derecho de sociedades, como tantos otros sectores del ordenamiento, dentro y fuera del Derecho Mercantil, sufre continuos cambios, algunos de los cuales están institucionalizados, cabría decir, como consecuencia de la integración de nuestros días en la Unión Europea¹⁶; tras unos años de atonía, a finales del siglo pasado, el Derecho europeo de sociedades, a su vez, se ha dilatado, aportando un continuo caudal de

13. Al respecto, NOVAL PATO, J. *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad. Diferencias y similitudes con los estatutos y los pactos parasociales*. Cizur Menor: Aranzadi, 2012.

14. Ello no impide que, en este ámbito tipológico, también los pactos parasociales jueguen un relevante papel, si bien, como parece lógico, no sea mediante la participación en ellos de todos los socios, sino solamente de algunos, por lo común tenedores de participaciones relevantes en la sociedad. El relieve que estas sociedades tienen en el mercado ha terminado por imponer un régimen de considerable transparencia a estos acuerdos entre socios, como se observa, en el Derecho español, en los artículos 530-535 LSC.

15. Esta afirmación no supone ignorar que ciertas ramas del ordenamiento jurídico, por razón de su mayor cercanía a determinados supuestos económicos y sociales, se ven afectadas, como regla general, por una superior necesidad de reforma normativa.

16. La institucionalización del cambio jurídico, por influjo del Derecho europeo de sociedades, no se asocia a la previsibilidad de su necesaria puesta en práctica; es seguro, desde luego, que las normas de los Estados miembros de la Unión Europea habrán de modificarse por la actividad legislativa de sus órganos, si bien no es posible decir cuándo habrá de tener lugar dicha modificación ni el sector concreto de la normativa societaria nacional necesitado de reforma.

directivas, de necesaria implementación, sin que puedan descuidarse los reglamentos¹⁷ y también las recomendaciones; en otro orden, de importancia creciente, no obstante, se sitúan los continuos Planes de Acción, para concluir con el relieve de las sentencias del tribunal europeo de justicia, cuya trascendencia para el libre establecimiento de sociedades es bien conocida¹⁸.

Este factor de alteración del Derecho de sociedades de los Estados miembros, y de reducción de su estabilidad, puede considerarse asumido, a pesar de los muchos problemas que plantea. Marginamos, no obstante, en este momento, las cuestiones relativas a las posibles "desarmonías" entre los Estados miembros con motivo, sobre todo, de la implementación de las directivas. Sería conveniente, aunque de realización no fácil, la búsqueda, según sectores de nuestra disciplina, de tales desarmonías, así como la propuesta de criterios de "conjugación" de las mismas en el escenario, inevitablemente único, del Mercado interior europeo¹⁹. Mientras que la "construcción" del Derecho europeo de sociedades no implique la eliminación de los regímenes nacionales²⁰, habrá aquí, de manera inevitable, un problema constante, susceptible, asimismo, de intensificarse por la contraposición de criterios, la diversidad de tradiciones jurídicas y, *last but not least*, las rivalidades políticas y económicas entre los Estados miembros.

Con todo, las dificultades más graves para la estabilidad del Derecho de sociedades en

los ordenamientos nacionales provienen de la propia incontinencia legislativa que se ha adueñado de nuestra materia en los últimos tiempos. Sobre todo, la crisis ha sido un escenario especialmente idóneo para la puesta en práctica de "experimentos" societarios, heterogéneos, de muy amplio espectro y de escaso rigor técnico en su formulación, por entender, seguramente con ligereza, que el cambio jurídico, en una materia tan relevante como el Derecho de sociedades, traería consigo por añadidura la mejora de la situación económica. La existencia, entonces, de un "Derecho de sociedades de la crisis" es una realidad incuestionable en numerosos países y, desde luego, también en España y en Italia. Aun siendo diversos los aspectos del Derecho de sociedades afectados por esa incontinencia legislativa, es, tal vez, el terreno de la tipología el que sufre la mayor alteración, siempre que usemos la palabra "tipología" en un sentido amplio; el caso del Derecho italiano con las variedades de la sociedad limitada antes mencionadas resulta especialmente ilustrativo²¹, aunque el Derecho español no se queda atrás, con, por ejemplo, la muy reciente "sociedad de responsabilidad limitada de formación sucesiva", regulada en la reciente Ley de Emprendedores, del 27 de septiembre de 2013. Todo ello pone de manifiesto, de manera incontestable, que la inestabilidad se ha adueñado del Derecho de sociedades como disciplina jurídica, sin que sea fácil señalar en este momento la terminación o, cuando menos, moderación de este vertiginoso ritmo de modificación legislativa.

17. A pesar de la "hibernación" de los trabajos relativos a la sociedad privada europea; sobre esta figura, últimamente, HIRTE, H. y TEICHMANN, C. (Dir.). *The European Private Company-Societas Privata Europaea (SPE)*. Berlin: De Gruyter, 2013.

18. Para mayores detalles sobre este temario, EMBID IRUJO, José Miguel. *Op. Cit.*, p. 30 y ss.

19. Se daña continuidad, de este modo, a una relevante publicación de hace no demasiados años; Cfr.: CAMPOBASSO, G.F. (Dir.). *Armonie e Disarmonie nel Diritto comunitario delle società di capitali*. Milano: Giuffrè, 2003. No se nos oculta que, en la actualidad, un trabajo de tales características contaría con la extraordinaria dificultad que supone el elevado número de miembros de la Unión Europea, al tiempo que el mero enunciado de las posibles desarmonías resultaría, por sí solo, insuficiente. Conviene tener en cuenta, por último, que, al referirse dicho análisis a los propios Estados miembros, la inercia y la conveniencia política pudieran más que la necesidad objetiva de conseguir una efectiva armonización de las normas societarias en la Unión Europea.

20. Lo que en estos momentos de escaso europeísmo parece, sin duda, utópico.

21. Véase *supra* II, B), y la bibliografía mencionada en nota 11.

2. La inestabilidad de la sociedad individualmente considerada por el auge de las modificaciones estructurales.

Pasando ahora a examinar, con el carácter sintético que informe el presente estudio, la estabilidad de la sociedad como persona jurídica independiente, puede observarse, un fenómeno en cierto sentido similar al que acabamos de considerar respecto del Derecho de sociedades. Si durante mucho tiempo pudo pensarse, y así se reflejó, aun con matices, en el Derecho clásico de sociedades que la estabilidad de la sociedad era un indudable bien, en la actualidad la situación es muy otra. En tanto que en la regulación tradicional de nuestra disciplina las escasas modificaciones estructurales que se contemplaban (la transformación y la fusión, esencialmente) venían a ser una suerte de "operaciones especialísimas", poco frecuentes en la práctica²², hoy tales figuras constituyen un elemento consustancial al régimen jurídico de las sociedades, practicándose con suma frecuencia.

No parece dudoso que sea el propio dinamismo del mercado el factor principal para el uso intensivo de las modificaciones estructurales en la realidad cotidiana de las sociedades, sin que quepa olvidar, en el momento presente y en nuestro país, la propia crisis económica. Pero, a la vez, no cabe ignorar el relieve que, a tal efecto, merece el progresivo reconocimiento legislativo de otras modificaciones estructurales distintas de la transformación y la fusión, bien se tipifiquen de manera individualizada, a propósito de alguno o varios tipos concretos de sociedades, bien se

contemplan en una regulación conjunta y de vocación general. Este último es el caso del Derecho español, que, a semejanza de los ordenamientos alemán y suizo, dispone desde hace algunos años de una normativa general para las modificaciones estructurales; nos referimos a la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (LMESM)²³. Aunque la disciplina común a todas ellas resulta claramente insuficiente, debe destacarse el amplio elenco de modificaciones estructurales reguladas en la LMESM, así como el tratamiento de variedades concretas, con regímenes parcialmente especiales, de las modificaciones más relevantes (sobre todo, de la fusión).

Con independencia, en todo caso, de la política legislativa que pueda seguirse en cada ordenamiento, y al margen de los pocos casos en los que se ha conseguido una regulación general, es lo cierto que el panorama comparado muestra una relevante ampliación de los supuestos que ahora nos ocupan. Dicha ampliación puede calificarse de dos maneras, a la vez distintas y complementarias: de un lado, puede hablarse de ampliación horizontal, lo que supone añadir a los ejemplos clásicos de la fusión y la transformación otras figuras, como la escisión, o la cesión global de activo y pasivo, hasta entonces no reguladas; de otro lado, nos encontramos con la ampliación vertical, mediante la cual se admite progresivamente (si bien en numerosas ocasiones, con especial lentitud) la participación en la modificación estructural, cualquiera sea ésta, de sociedades diferentes de las mercantiles (sociedades cooperativas; sociedades civiles), llegándose, incluso, en algunos ordenamientos,

22. Por tal motivo su realización se vinculaba no con todo tipo de sociedad, sino con las mercantiles y, dentro de ellas, con las de capital, en cuya particular regulación aparecían consideradas las modificaciones estructurales. Pero, además de estas restricciones, por razón de los sujetos protagonistas de tales operaciones, debe señalarse que, durante mucho tiempo, sólo cabía concebir, con plena tipicidad, a la transformación y la fusión, siendo sumamente dudoso que cupiera aquí la libertad contractual para legitimar otras modificaciones estructurales; al respecto, y sobre el posible juego de la escisión en el Derecho español de sociedades de la época, véase la contundente opinión negativa de GIRÓN TENA, J. *Derecho de sociedades. I. Teoría general. Sociedades colectivas y comanditarias*. Madrid: Edición del autor, 1976, pp. 368-370.

23. De entre la amplia bibliografía existente, véase RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (Coord.). *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*. Cizur Menor: Aranzadi, 2009. GARRIDO DE PALMA, V.M. (Dir.). *Modificaciones estructurales y reestructuración empresarial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

como el italiano, a admitir a personas jurídicas no societarias, como las fundaciones²⁴.

Parte de este planteamiento se refleja en nuestra LMESM, que no ha llegado tan lejos, sin embargo, como el Derecho italiano. Con todo, la doble ampliación reseñada, por obra directa del legislador, como es sabido, no ha servido para resolver las múltiples dudas que suscita el tratamiento de figuras como las que ahora nos ocupan. No en balde, un autorizado sector de la doctrina, en particular alemana, ha avanzado en la construcción de ciertos principios básicos del Derecho de las modificaciones estructurales, como sector relativamente autónomo dentro del Derecho de sociedades. Según este criterio, no cabe operación de esta naturaleza sin tipificación legislativa previa, ni, al mismo tiempo, es posible admitir la licitud de una figura no regulada porque pueda considerarse análoga a otra dotada de expreso tratamiento normativo. La razón de esta orientación restrictiva resulta evidente si se parte de que toda modificación estructural produce una auténtica sucesión universal, con el consiguiente desplazamiento, según los casos, de bienes, derechos y deudas, además de los socios, entre las personas jurídicas que en ella intervengan²⁵.

Parece pues, en conclusión, que la estabilidad de la sociedad, tomada individualmente, no es algo consustancial al Derecho de sociedades ni tan siquiera una pretensión del ordenamiento jurídico en este ámbito. El recurso habitual a las modificaciones estructurales, intensificado por las circunstancias propias de la crisis, pone de relieve, desde luego, el condicionamiento permanente que el

mercado ejerce sobre los operadores económicos que en él actúan. Pero también revela dos fenómenos distintos, los cuales, tal vez, sean dos caras de una misma moneda: de un lado, la continuidad sustantiva de la realidad empresarial bajo formas jurídicas cambiantes, y el sentido instrumental, en apariencia, de los tipos societarios, como “vestidura” jurídica predominante de los operadores económicos. En todo caso, el reto para el Derecho de sociedades de esta suerte de *perpetuum mobile*, que se ha adueñado de las empresas, es considerable y obliga a tener permanentemente engrasados los mecanismos jurídicos idóneos –en esencia, las modificaciones estructurales– para hacer viable esa continua movilidad.

IV. LA REGULACIÓN DE LAS SOCIEDADES EN LA PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL

1. Consideraciones generales sobre el sentido y el alcance de la Propuesta.

Y en este contexto llegamos a la Propuesta de Código Mercantil (PCM), que, desde la perspectiva del Derecho español, representa en la actualidad un elemento del mayor interés para apreciar el camino o dirección del Derecho de sociedades contemporáneo. Conviene advertir que estamos hablando de un texto que aspira a codificar no sólo el Derecho de sociedades, sino el entero Derecho Mercantil, intentando precisar, alrededor del mercado y de los operadores económicos que en él actúan, su presente perfil. No es éste el momento de adentrarse en el análisis, por mínimo que fuera, de tan extenso texto prelegislativo²⁶. Puede decirse,

24. A pesar de que el Derecho italiano carece de una regulación general sobre el tema que nos ocupa. La doctrina italiana, y, a imitación de ella, de otros países, habla en tales supuestos de modificaciones estructurales heterogéneas, queriendo resaltar con esta denominación la diferente naturaleza de las instituciones implicadas en ellas, con especial incidencia, por otro lado, en la transformación; al respecto, véanse las referencias contenidas en PACIELLO, A. (Dir.). *Contributo allo studio della trasformazione*. Napoli: Jovene Editore, 2010. Y, respecto del Derecho español, FERRANDO VILLALBA, María L., “La transformación heterogénea. Supuestos y regulación en el Derecho español”. *Ibid.*, pp. 25-81. Con carácter más genérico, véase ZOPPINI, A. y MALTONI, M. (Dir.). *La nuova disciplina delle associazioni e delle fondazioni. Riforma del Diritto societario e enti non profit*. Padova: Cedam, 2007.

25. Un resumen de estos criterios en EMBID IRUJO, José Miguel. *Op. Cit.*, p. 81 y ss.

26. Dada la cercanía de su presentación pública, no existe todavía un cuerpo de doctrina suficiente sobre tan importante texto. La mayor parte de los trabajos publicados en torno a la Propuesta constituyen, meramente,

en todo caso, que con la PCM se trata de poner al Derecho Mercantil español a la altura de nuestro tiempo, tras demasiados años de tratamiento inadecuado, que habían traído consigo la absoluta obsolescencia del todavía vigente Código de comercio y la proliferación de leyes sectoriales, algunas de ellas verdaderamente extensas y minuciosas, al hilo de la evolución económica, de la adaptación a la Unión Europea, así como, finalmente, a las propias exigencias de la realidad jurídica española.

En tal sentido, la Propuesta de Código Mercantil, un intento de codificación en época poco propicia para tal tarea, constituye, entre otros extremos, un ejemplo más de la tendencia generalizadora de la legislación mercantil, bien perceptible desde la etapa codificadora. Como muestra de esta tendencia, cabe reseñar aquí la referencia a los "operadores del mercado", figura sensiblemente más amplia que la tradicional del empresario, que había servido hasta la fecha como elemento subjetivo único de delimitación de nuestra disciplina. Gracias a la aceptación por la PCM de esta amplia figura, no obstante sus contornos imprecisos²⁷, resulta posible atraer al ámbito del Derecho Mercantil de nuestros días el tratamiento de los múltiples sujetos que, sin ánimo de lucro o articulados mediante el uso de estructuras

jurídicas no mercantiles, llevan a cabo actividades económicas en el mercado y han de verse, inevitablemente, afectados por las normas propias de éste, así como por el estatuto básico del tradicional empresario mercantil²⁸.

Al margen ahora de tan relevante asunto, que pone de manifiesto la ambición, no sólo teórica, de los autores de la Propuesta²⁹, corresponde decir que es el Derecho de sociedades el apartado más amplio de su, ya de por sí, extensa regulación. Aunque con numeración distinta de la clásica, son más de mil los preceptos que componen el libro segundo de la Propuesta, íntegramente dedicado, como es sabido, al tratamiento de las cuestiones societarias. Se adivina en ese extenso régimen jurídico la influencia de la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, de 2002 (en adelante, PCSM), soslayada en su momento por motivos banales, si bien con numerosos matices y añadidos, derivados, como resulta lógico, de la intensa evolución experimentada por el Derecho de sociedades en estos años. Por lo demás, no es posible en este trabajo presentar con el detalle que sería necesario las tendencias y caracteres propios del Derecho de sociedades contenido en la PCM; nos limitaremos, por ello, a mostrar algunos de sus principales rasgos diferenciadores, a fin de apreciar su significado en nuestra época y, al

aproximaciones, bien generales, bien relativas a alguna de las instituciones en ella reguladas; entre las primeras, cabe remitir a las consideraciones expuestas por BERCOVITZ, A. "La propuesta de Código Mercantil de la Comisión General de Codificación", RDM N° 289, 2013, p. 35 y ss., y entre las segundas a la serie de trabajos que publica desde hace algunos meses la propia RDM.

27. Y, por ello mismo, objeto de valoraciones encontradas; al respecto, OLIVENCIA M. "El título preliminar de la Propuesta de Código Mercantil", RDM N° 290, 2013, pp. 18-21, Y GONDRA, J. María. "La deconstrucción del concepto del Derecho Mercantil en aras de la unidad de mercado". *Ibid.*, pp. 33-35
28. No es éste el lugar idóneo para analizar si ha de ser el mercado el principal elemento de delimitación del actual Derecho Mercantil. Alrededor de este asunto existe, desde hace tiempo, un cierto debate, que no ha llegado a resultados concluyentes y que, además, ha quedado un tanto oscurecido en los últimos años, poco dados, por lo demás, a reflexiones de naturaleza esencialmente conceptual, como el que ahora nos ocupa. No parece posible, con todo, soslayar por completo la figura del empresario a tal fin, por lo que resulta imprescindible avanzar hacia un modelo sincrético de comprensión de la disciplina, que integre, con equilibrio y realismo, el relieve que tanto el mercado como la empresa presentan en la contenido actual del Derecho Mercantil. Al respecto, EMBID IRUJO, José Miguel. "Mercado y Empresa ante el Derecho Mercantil (apuntes provisionales en el marco de la crisis económica)". En: FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; EMBID IRUJO, José Miguel; RECALDE CASTELLS, A. y LEÓN SANZ, F. (Dir.). *Op. Cit.*, p. 145 y ss.
29. Que otorga un cierto liderazgo al Derecho español, no obstante el carácter prelegislativo de la PCM, en el contexto de la normativa mercantil europea.

mismo tiempo, su relieve en la configuración concreta del Derecho español de sociedades.

2. La estabilidad normativa y la pretensión de totalidad como características previas de la regulación de las sociedades en la PCM.

Como se ha señalado con anterioridad, un rasgo distintivo externo del Derecho de sociedades contemporáneo es su evidente inestabilidad, que el paso del tiempo parece convertir en crónica. Sin hacer mención expresa de semejante asunto, la PCM se orienta decididamente en sentido contrario, y la amplia regulación dedicada a las sociedades mercantiles no es sino la expresión acabada de tal propósito. Y ello a pesar de que toda regulación legislativa, por estable que pretenda ser, queda sometida de manera inevitable a los propósitos reformistas derivados de la necesidad de acoplarla a la propia evolución social, lo que en el caso de nuestra disciplina adquiere tintes de especial relieve. No debe olvidarse, por último, que en el Derecho de sociedades de los países del continente europeo, como España, concurre, además, un factor favorable y permanente a la inestabilidad de su regulación, como es la necesidad de transponer las normas que sobre la materia dicta de continuo la Unión Europea.

Sin perjuicio, entonces, de estas circunstancias, parece obligado destacar la aspiración a la estabilidad del Derecho de sociedades característica de la regulación contenida al respecto en la PCM. Tal constatación adquiere un significado de especial importancia si se recuerda la "voluntad de provisionalidad", con la que se promulgó la Ley de Sociedades de Capital (LSC), tal y como se deduce de su exposición de motivos. Esta fórmula, ciertamente paradójica, puede llegar a entenderse si se la inserta en el contexto de la política legislativa que anunciaba, en forma

no demasiado precisa, la propia exposición de motivos; con arreglo a ella, la LSC constituía, meramente, una "estación de paso" del Derecho español de sociedades en su camino hacia una formulación más acabada y definitiva. Dicho objetivo ya no se vinculaba al renacimiento de la PCSM, definitivamente enterrado como norma jurídica; más bien, la aspiración del legislador, en ese momento, era la de que "la totalidad del Derecho general de las sociedades mercantiles, incluido el aplicable a las sociedades personalistas, se contenga en un cuerpo legal unitario, con superación de la persistente pluralidad legislativa", que la LSC ni pretendía ni ha conseguido eliminar, tras su ya más de tres años de vigencia³⁰.

Ese "cuerpo legal unitario" lo constituye hoy la PCM, no limitada, como sabemos, al tratamiento exclusivo del Derecho de sociedades, pero sí dotada de esa pretensión de totalidad, anunciada en la exposición de motivos de la LSC, respecto de dicha materia. Sin entrar en la descripción estricta de su contenido, materia que queda lejos de las modestas pretensiones de este trabajo, sí puede decirse que su composición se ha llevado a cabo ensamblando una serie de materiales normativos, la mayoría vigentes (LSC y LMESM, esencialmente), otros, los derivados de la PCSM, relegados hasta el momento a un relieve meramente histórico. Si se exceptúan algunas reglas relativas a las sociedades personalistas, apenas hay nada en la PCM de la disciplina societaria contenida en el vigente Código de comercio, lo que permite confirmar su casi total irrelevancia para la configuración del Derecho español de sociedades en el momento presente.

Como acabamos de ver, la aspiración a la estabilidad del Derecho de sociedades, implícita en la PCM, lleva de la mano el propósito de acoger con plenitud la normativa relevante para dichas personas jurídicas. Esta pretensión de totali-

30. La mencionada "voluntad de provisionalidad" no ha impedido que la LSC se convierta, como era inevitable, en el "centro organizador" del Derecho español de sociedades de capital en los últimos años, recibiendo, por ello, la atención constante y estricta de la doctrina y la Jurisprudencia; entre las obras generales a ella referidas, véase ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dir.). *Comentario a la Ley de sociedades de capital*. Cizur Menor: Aranzadi, 2011. Y EMBID IRUJO, José Miguel (Dir.). FERRANDO VILLALBA, María L. y MARTÍ MOYA, V. (Coord.). *Introducción al Derecho de sociedades de capital*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

dad le asemeja a la PCSM, salvando la escasa distancia que, en este plano general, separa a ambos textos. Con todo, dicha aspiración, ha de ser entendida correctamente a fin de evitar fáciles críticas al texto que nos ocupa, que, bien mirado su sentido y razón de ser, terminan por carecer de fundamento. En este sentido, la disciplina societaria contenida en la PCM, a pesar de la minuciosidad que le caracteriza, no puede ignorar la necesidad de contar con un texto complementario, que permita desarrollar lo que en ella está meramente esbozado o, en su caso, ni siquiera se ha llegado a contemplar por su condición de mero detalle. Nos referimos, como es natural, al Reglamento del Registro Mercantil (en adelante, RRM), que habrá de ser convenientemente revisado y actualizado para hacer del todo eficaz el tratamiento del Derecho de sociedades consagrado en la PCM³¹.

Fuera de esta imprescindible matización, que no excluye, en modo alguno, la idea de conseguir una regulación plena del fenómeno societario, debe señalarse que algunas de las continuas reformas de la LSC, llevadas a cabo, en su mayoría, por el afán de combatir la crisis con meros arbitrios jurídicos, han quedado fuera, por el momento, de la PCM. Nos referimos a normas como las contenidas en el Real Decreto Ley 13/2010, de 3 de diciembre, y en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, orientadas, como es bien sabido, a facilitar y simplificar el proceso de constitución de las sociedades mercantiles, gracias al empleo de técnicas telemáticas. El sentido, evidentemente procedimental, de esta regulación parece alejarla, al menos en algunos de sus detalles, de un texto que se pretende estable, como es la

PCM; su destino "natural" sería, entonces, el RRM, cuya actualización normativa, para conseguir su adecuación al contenido de la PCM, serviría para reforzar, por este camino oblicuo, la pretensión de totalidad de esta última. Distinto es el caso, en cambio, de algunas de las últimas reformas del Derecho de sociedades, como la derivada de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización; en este sentido, la nueva figura de la sociedad limitada de formación sucesiva, allí regulada, debería contemplarse expresamente en la Propuesta, como lo ha sido ya en la LSC, sin que baste, a tal efecto, con las referencias que hayan de contenerse en el RRM.

Tampoco se opone a la pretensión de totalidad, característica, como estamos viendo, de la PCM, el hecho de que, al margen de ella, se mantengan en vigor numerosas normas relativas a tipos o figuras especiales de sociedades. Aunque la propia Propuesta manifiesta una evidente *vis attrahiva* al respecto, absorbiendo la regulación de ciertas modalidades societarias, que habían encontrado su ubicación en nuestro Derecho de sociedades en concretas leyes especiales (como sucede, por ejemplo, con la agrupación de interés económico), nada obsta a su plenitud normativa el hecho de sigan fuera de su ámbito algunas figuras de indudable trascendencia práctica. Es el caso, por ejemplo, de las sociedades profesionales, cuya todavía cercana tipificación entre nosotros no ha impedido –más bien, al contrario– su importante despliegue en el terreno de la prestación de servicios, como acredita la abundante jurisprudencia –registral y judicial– y el considerable interés de la doctrina³². Pero el hecho de que cierta porción de

-
31. Hace escaso tiempo se ha divulgado un Borrador de Reglamento, elaborado en el seno del Ministerio de Justicia y, más especialmente, en la Dirección General de los Registros y del Notariado. A dicho texto, que derogaría, de entrar en vigor, el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, se han incorporado, además, las novedades introducidas en nuestro ordenamiento en los últimos tiempos, como son, en particular, las contenidas en la Ley de Emprendedores a propósito del emprendedor de responsabilidad limitada y la sociedad de responsabilidad limitada de formación sucesiva.
 32. Que el Borrador de RRM al que se alude en la nota anterior se ocupe de la inscripción de dichas sociedades, aunque la PCM nada diga de ellas, no supone contradicción alguna con lo señalado en el texto; la pretensión de totalidad, a la que se alude repetidamente como una de sus características esenciales, no implica que todo el Derecho de sociedades haya de ubicarse en la PCM, pues, de ser así, sobraba el propio RRM.

legislación societaria quede fuera de la PCM no ha de impedir que, de entrar en vigor, sus principios reguladores y también su concreta disciplina, asuman el papel central dentro del Derecho español de sociedades, expandiéndose más allá de sus límites.

3. Los sujetos.

3.1. Las sociedades mercantiles.

El carácter expansivo que, de acuerdo con su pretensión de totalidad, acabamos de atribuir a la disciplina societaria contenida en la PCM se pone de manifiesto, del mismo modo, en el aspecto más concreto de la tipología (general) en ella acogida. Como es natural, la regulación se inicia con la delimitación de lo que ha de entenderse por "sociedades mercantiles", asunto éste en el que la PCM (artículo 211-1, 2º) ofrece un planteamiento innovador, al incluir dentro de dicho ámbito a las sociedades que cabe denominar mutualistas (cooperativas, mutuas de seguros y sociedades de garantía recíproca). Desde la propia evolución de nuestro Derecho de sociedades, este criterio resulta un tanto sorprendente, a la vista de que se ha mantenido constante desde la codificación el elenco de figuras societarias merecedoras del calificativo "mercantil". No resulta clara, en principio, la razón por la que la PCM ha optado por dilatar las fronteras del Derecho de sociedades mercantiles, aunque haya, sin duda, sólidos argumentos a su favor, sobre todo si se tiene en cuenta la influencia que, de hecho, ha ejercido sobre la disciplina de las, así llamadas, sociedades mutualistas.

Con todo, el hecho de que se califique a estas sociedades como "mercantiles" no significa que encuentren su regulación plena en la normativa societaria contenida en la PCM, ya que, como oportunamente advierte dicho texto (artículo 211-2, 2º), se mantiene en vigor el régimen legislativo que es propio a cada una de las mencionadas figuras, ocupando los preceptos

de la PCM una posición secundaria o supletoria al respecto. El supuesto más relevante dentro del ámbito de las sociedades mutualistas es el de las sociedades cooperativas, cuya regulación en el Derecho español contiene elementos singulares que lo distancian sensiblemente de otros ordenamientos³³. Como es bien sabido, la competencia legislativa sobre dichas sociedades corresponde, de acuerdo con el vigente Derecho constitucional, a las Comunidades Autónomas, las cuales lo han ejercido con profusión, hasta el extremo de que la normativa cooperativa española viene integrada por más de una docena de leyes en la materia. A pesar de que, como es natural, el ámbito de vigencia de las leyes propias de las Comunidades Autónomas viene limitado al territorio propio de cada una de ellas, con los lógicos problemas para la expansión empresarial de las cooperativas, nada se ha hecho para corregir esta pluralidad legislativa, sin paralelo en Europa.

Son, con todo, circunstancias de orden político las que, hasta la fecha, han impedido buscar una solución razonable al problema. La fórmula idónea, a tal efecto, sería, como se ha sugerido por numerosos autores, la elaboración de una de las llamadas "leyes de armonización" a las que se refiere el artículo 150 de la Constitución española. En este sentido, mediante una ley armonizada de cooperativas, extendida a todo el territorio español, sería posible acoger las especialidades y variedades –no demasiado abundantes, por cierto, en el sentido material del término– que el prolífico Derecho cooperativo autonómico ha contribuido a crear. Quizá en la solución contenida en la PCM, de alcance mucho más reducido que el característico de una ley armonizadora, lata una preocupación similar; la calificación de las sociedades cooperativas como mercantiles podría ser, entonces, un primer paso hacia la "normalización" de su tratamiento legislativo en España y hacia su progresiva integración en el *corpus* común del Derecho de sociedades que se recoge en la PCM.

33. Dentro de la amplia bibliografía sobre la materia, véase, últimamente, PEINADO, J.I. (Dir.). *Tratado de Derecho de cooperativas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

3.2. Las uniones de empresas, con especial referencia a los grupos.

Además de ampliar el perímetro de las sociedades mercantiles, la PCM, también en este ámbito subjetivo, contiene como novedad la regulación de las uniones de empresas, con especial atención a los grupos de sociedades. Es cierto que tanto aquellas como, más concretamente, éstos no pueden ser considerados, en sentido estricto, como sujetos de Derecho, por carecer de la necesaria personalidad jurídica. Y aunque, por tal motivo, no puedan equipararse, desde el punto de vista que ahora nos ocupa, a las sociedades mercantiles, una regulación moderna del Derecho de sociedades no puede ser ajena a las circunstancias y los efectos de las diversas figuras que cabe agrupar bajo la amplia denominación de "uniones de empresas". En particular, es el tratamiento de los grupos el que, sin perjuicio de su conocida dificultad, resulta más perentorio a la vista de su importante protagonismo en la realidad empresarial de nuestros días, así como al hecho de que su concreta articulación funcional se hace posible, en la gran mayoría de los casos, por la inserción en su seno de diversas sociedades mercantiles.

Al lado, entonces, de las agrupaciones de interés económico, reguladas bajo el signo de la continuidad (artículo 292 1-17), y de las uniones temporales de empresas, en las que se adivinan algunas novedades frente a su tratamiento tradicional (artículo 293 1-5), es la referencia a los grupos (artículo 291 1-20) la que suscita mayor interés en este apartado de la PCM³⁴. Aunque se aprecian diversas influencias en el régimen esta-

blecido, no puede decirse que la regulación de los grupos contenida en la Propuesta se alinee nitidamente con alguno de los (escasos) modelos vigentes en la actualidad dentro del Derecho comparado. Se parte del llamado "modelo orgánico" –contrapuesto al modelo contractual del Derecho alemán– que aprecia la existencia del grupo, como es sabido, desde que se percibe, real o sobre la base de presunciones, el ejercicio efectivo del poder de decisión. Se aprecia, del mismo modo, la influencia del Derecho italiano en la aceptación por la PCM de la doctrina de las "ventajas compensatorias"³⁵. Con todo, la regulación proyectada encuentra su mayor fundamento en el tratamiento de los grupos contenido en la PCSM, cuyas ideas básicas mantiene, sin perjuicio de algunas relevantes matizaciones³⁶.

Aunque, como es bien sabido, son las sociedades mercantiles los sujetos que hacen posible, en la mayor parte de los casos, la formación y funcionamiento de los grupos, no puede ignorarse en nuestro tiempo el importante relieve que, a tal efecto, están adquiriendo otras personas jurídicas, desde las cooperativas a las fundaciones; tal cosa plantea problemas de considerable relieve, como muestra, por ejemplo, la realidad de los grupos encabezados por esta última variedad de personas jurídicas, de evidente naturaleza institucional y no societaria. Hay ejemplos significativos en numerosos países de estos grupos que, recordando a las modificaciones estructurales antes aludidas³⁷, podrían calificarse de "grupos heterogéneos"; en tales fenómenos empresariales, a los problemas habituales de los grupos se suman ahora los relativos a la forma de conjugar más adecuada-

34. Aludimos aquí a la regulación que cabría denominar "material" de los grupos, ya que la PCM también contempla su relevante vertiente contable, a través de un detallado régimen de la consolidación de cuentas (artículo 291, 21-40); sobre estas cuestiones en el Derecho vigente, últimamente, BONARDELL, R. *Régimen jurídico de la contabilidad del empresario*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 311 y ss.

35. Por muchos, TOMBARI, U. *Diritto dei gruppi di imprese*. Milano: Giuffrè, 2010; más sintéticamente, GUIZZI, G. En: ABRIANI, N. *Derecho italiano de sociedades (Manual breve)*. Traducción al español. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 409 y ss.

36. Alrededor de estas cuestiones, nos permitimos remitir al lector a nuestros trabajos "Ante la regulación de los grupos de sociedades en España". RDM N° 284, 2012, p. 25 y ss., y "Los grupos de sociedades en la Propuesta de Código Mercantil". RDM N° 290, 2013.

37. Véase *supra* III, 2.

mente los varios intereses que se entrecruzan con motivo de su funcionamiento: el interés del grupo, el interés de las sociedades del mismo y el interés de la fundación, que, a diferencia de los anteriores, consiste, al menos en el Derecho español, en un objetivo de interés general. Es evidente, por ello, la necesidad de tener en cuenta tales circunstancias, obviadas, en esencia, por la PCM, para conseguir un régimen de los grupos auténticamente adecuado a su compleja realidad³⁸.

4. La sistemática.

No puede decirse que la mayor novedad de la PCM, desde la perspectiva societaria que nos ocupa, venga referida a su contenido, el cual, en buena medida, es lógica consecuencia de la normativa vigente en la actualidad, pero también de algunas materias ya consideradas en la PCSM. La principal innovación se encuentra, por ello, en el terreno sistemático, dentro del cual la disciplina de la PCM representa, en verdad, un cambio significativo. En el ordenamiento español, como es bien sabido, la regulación tradicional del Derecho de sociedades se asentaba, y sigue asentándose, en dos piezas normativas de desigual valor: por una parte, en el tratamiento general contenido en el Código de comercio, de escaso relieve por el transcurso del tiempo, y, por otra, en una serie de leyes especiales, que, tras diversas vicisitudes, han terminado por reunirse en la LSC, sin perjuicio, claro está, de la vigencia de otros textos, limitados, en cuanto a sus objetivos, a ciertas figuras particulares. Fuera de este planteamiento, permanece, al menos por el momento, la LMESM, fruto singular y nunca bien explicado, que a propósito de las modificaciones estructurales establece una regulación común a todas las sociedades mercantiles.

El propósito de la PCM, equivalente al observado en otros ordenamientos, es el de conseguir

un régimen único de las materias propias del Derecho de sociedades, derogando a tal efecto la normativa codificada, así como la contenida en la LSC y en algunas, pero no todas, leyes específicas sobre determinadas figuras. A la hora de articular ese régimen único, llama la atención, como principal novedad de la PCM, la existencia de diversas "partes generales", lo que pone de manifiesto, en principio, la intensidad del esfuerzo sistemático llevado a cabo por sus autores. En este sentido, la regulación societaria se inicia con una parte general común a todas las sociedades mercantiles, de considerable amplitud; a ella se incorporan, al lado de los temas tradicionalmente comunes (constitución, nacionalidad, domicilio, denominación, y ahora página web), los modos de adopción de los acuerdos sociales, las reglas sobre su impugnación, así como una serie de preceptos sobre los modos de organizar la administración de la sociedad. En esos dos últimos casos, y con novedades importantes (en lo que atañe, por ejemplo, a la delimitación de lo que serán acuerdos nulos, sistema de lista, frente a la consideración general del Derecho vigente), se trata de generalizar cuestiones reguladas de manera tradicional en el Derecho de sociedades de capital (y, originariamente, en la anónima) a todas las sociedades mercantiles.

Una vez concluida esta parte general común a todas las sociedades mercantiles, nos encontramos con una segunda parte general, en este caso referida a las sociedades de personas, a la que acompañan luego unas escasas reglas específicas para la sociedad colectiva y para la sociedad comanditaria simple. La escasa importancia práctica de estas figuras nos exime de mayores comentarios, sin perjuicio de que se mantenga el relieve de la sociedad colectiva, como régimen supletorio, para otras figuras de mayor significación (la agrupación de interés económico, por ejemplo), y también como régimen sancionatorio para las sociedades

38. Se entiende, por ello, que haya opiniones opuestas a la posibilidad de que una fundación encabece un grupo de empresas, como entidad controlante. En el Derecho español, con todo, y también, con mayor razón, en el italiano, no parece posible sostener, como criterio general, este planteamiento negativo. Para una aproximación a este asunto, véase EMBID IRUJO, José Miguel. "La inserción de una fundación en un grupo de empresas: problemas jurídicos". RDM N° 278, 2010, p. 1373 y ss.

irregulares, es decir las que actúan en el tráfico con publicidad de hecho sin haber completado los requisitos formales de constitución, en particular la inscripción en el Registro Mercantil.

Posteriormente viene una nueva parte general, la tercera, relativa en este caso a las sociedades de capital. En ella se contienen algunas normas sobre constitución, acciones y participaciones sociales, y órganos (junta y administradores), que habrán de conjugarse, inevitablemente, con las establecidas en la primera parte general a propósito de tales temas. También aquí ha de señalarse que la mayoría de estos preceptos de carácter general encuentran su origen en la regulación de la sociedad anónima, la cual, y a pesar de su evidente retroceso numérico en la realidad empresarial de nuestros días frente a la sociedad de responsabilidad limitada, ha terminado por convertirse en el fundamento sustancial de la normativa común, en sus diversos grados, contenida en la PCM.

Una vez concluida la parte general relativa a las sociedades de capital, la PCM se ocupa de las reglas específicas referidas a cada una de las figuras pertenecientes a dicha categoría, comenzando por la limitada, en obsequio a su mayor importancia práctica, sobre todo desde que se produjo la incorporación de España a la Unión Europea, y consiguiente recepción de las directivas europeas en materia societaria. La limitada es hoy, como resulta notorio, la sociedad habitual en la práctica de los negocios en España, en una proporción verdaderamente abrumadora, sobre todo si se tiene en cuenta que hasta dicho momento el predominio correspondía a la sociedad anónima, una anónima polivalente, bien es cierto, de la cual se distingue,

aunque no del todo, la anónima configurada en la legislación de los últimos años. Muchas de las normas especiales dedicadas a cada uno de los tipos capitalistas traen causa de la legislación todavía vigente, y no se entienden del todo algunas diferencias entre anónima y limitada, a la vista de que, en particular, la LSC ya contribuyó a eliminar buena parte de ellas³⁹.

Concluida la regulación específica de cada sociedad de capital, teniendo en cuenta que también se regula la sociedad anónima europea (y, con carácter común a todas ellas, la sociedad unipersonal), hemos de mencionar, para ir concluyendo esta exposición elemental sobre el contenido de la PCM en materia de sociedades, con la mención de una serie de apartados ("título" en la tradición legislativa española) con regulación común o, si se quiere, transversal, a todas las sociedades mercantiles. Así sucede con las cuentas anuales, la modificación de estatutos, las modificaciones estructurales (recogiendo el contenido de la LMESM), la separación y exclusión de socios, la disolución, liquidación y extinción de las sociedades mercantiles, terminando con la sociedad anónima cotizada y las uniones de empresas, apartado este último ya considerado.

Si en algunos casos, estas importantes materias se nutren de los preceptos vigentes en la actualidad, como sucede, con especial relieve, en el supuesto de las modificaciones estructurales, en otros casos, y con diverso significado, ha sido el régimen de las sociedades de capital, en sentido amplio, el que ha servido de pauta básica para el establecimiento de la regulación común aplicable a todas las sociedades. Como hemos visto a propósito de las distintas partes generales

39. Se echa en falta, con todo, una reflexión de mayor alcance en la PCM sobre la tipología societaria. Como es bien sabido, la vigente LSC contiene en su preámbulo una serie de interesantes consideraciones al respecto, pensadas, eso sí, hacia el futuro, como una posibilidad que, no obstante, la PCM no parece haber hecho suya. Es de lamentar que la LSC, con su derogación de las leyes de anónimas y limitadas diera al traste con la exposición de motivos de la ley relativa a estas últimas, la cual contenía, a nuestro juicio, la mejor contribución a la delimitación tipológica de la propia sociedad limitada llevada a cabo entre nosotros. Esta cuestión, verdaderamente central en el Derecho de sociedades, merece una nueva reflexión en el marco de la PCM, a fin de que los aspectos tipológicos básicos, concretados alrededor de la relación entre anónima y limitada, atendiendo, asimismo, a las variedades de esta última creadas en los últimos años, reciban un tratamiento más preciso que permita su más correcta utilización en la práctica empresarial.

de la PCM, es, casi siempre, la normativa de la sociedad anónima el hilo conductor de la nueva regulación, reiterándose, así, su papel de núcleo esencial del Derecho español de sociedades, aunque no faltan influencias concretas de la sociedad de responsabilidad limitada⁴⁰.

V. EL RELIEVE DE LA PCM PARA EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL Y PARA EL DERECHO DE SOCIEDADES DE NUESTRO TIEMPO (A MODO DE CONCLUSIÓN)

A la hora de hacer un balance de lo que puede significar, en el inmediato futuro, la amplia y detallada regulación de las sociedades contenida en la PCM, el juicio ha de situarse en varios planos, sin dejar de advertir, como elemento básico, el carácter extraordinariamente positivo que representa el propósito de conseguir una regulación actual, moderna y completa, del entero Derecho Mercantil. En el marco estricto del Derecho de sociedades, la idea de establecer varias disciplinas generales (y no una sola, como sucede, en ocasiones, en otros ordenamientos) es sistemáticamente acertada, aunque no es seguro que lo sea, con la misma plenitud, desde un punto de vista sustantivo y funcional; no debe excluirse que algunas de esas normas comunes queden convertidas, por razones esencialmente

prácticas, en letra muerta y que otras, como las dedicadas a las sociedades de personas, cumplan entre nosotros una función ornamental, cabría decir, sin especial trascendencia desde el punto de vista del funcionamiento de las empresas. Es posible, asimismo, que la normativa de las distintas partes generales, sobre todo de la que es común a todas las sociedades y de la relativa a las sociedades de capital, colisionen entre sí y, en ocasiones, con los preceptos singulares referidos a tipos concretos.

Siendo indudablemente posibles estas dificultades, el valor de la normativa societaria contenida en la PCM excede, a nuestro juicio, de manera muy notable a los problemas que su puesta en práctica pueda llegar a originar. Por otra parte, la vuelta a la etapa codificadora, con un núcleo, amplio y detallado, del régimen de las sociedades mercantiles concentrado en una sola ley, puede facilitar, además de su propia operatividad, la visión conjunta del Derecho de sociedades, mediante la creación o formulación de principios generales susceptibles de aplicarse en todas sus vertientes. No parece necesario destacar el relieve, a la vez interpretativo y aplicativo, que esta posibilidad, ahora meramente enunciada, puede tener, si se consigue que la PCM se convierta en norma vigente⁴¹. Y no debe

40. Sin perjuicio, entonces, de la evidente importancia de la sociedad anónima en la realidad empresarial de nuestro país, sobre todo si se tiene en cuenta la modalidad de la sociedad cotizada, se advierte, con perspectiva histórica, la singular evolución experimentada por esta forma jurídica: de ser la sociedad preferida por los operadores económicos, al amparo de lo dispuesto en la LSA de 1951, por su carácter polivalente, ha quedado confinada, aunque no del todo, al sector de las grandes empresas, donde cabe decir que reina con plenitud. No obstante, el esfuerzo dogmático desarrollado durante muchos años para su adecuada construcción jurídica la ha terminado por convertir en una especie de "modelo metodológico" del Derecho de sociedades, susceptible de utilizarse, por ello, en el marco de su regulación general.

41. Son diversas las dificultades que se plantean a esta solución, hoy por hoy, a nuestro juicio, la más conveniente para el Derecho de sociedades en España. La primera de ellas se deriva de los problemas que la PCM está encontrando, desde diferentes puntos de vista, por su pretensión de regular, con plenitud y modernidad, el Derecho Mercantil español. Pero, de otra parte, no pueden ignorarse las opiniones críticas formuladas a la PCM por el hecho, precisamente, de que aspire a contener, de manera estable y completa, el conjunto esencial del Derecho de sociedades en España. No de otra forma ha de entenderse el todavía reciente proyecto de ley, promovido desde el Ministerio de Economía, para conseguir la reforma, puntual y concreta, de ciertos aspectos de nuestra materia vigentes en la actualidad referidos al gobierno corporativo. Al margen de los criterios inspiradores de esta reforma, de previsible aprobación en los próximos meses, resulta criticable, desde el punto de vista de la coherencia y desarrollo orgánico del Derecho español de sociedades, por persistir, sin suficientes razones, en la reforma continua, desorganizada e imprevisible, de una normativa tan necesitada de estabilidad como es la referida a las sociedades mercantiles. También en el momento de revisar, por última vez, el presente trabajo se anuncia por el Gobierno español la conversión de la PCM en "Anteproyecto de Código Mercantil", lo que denota el

Ignorarse, al mismo tiempo, el hecho de que la disciplina societaria contenida en la PCM significa una valiosa aportación a la construcción técnica del Derecho de sociedades de nuestro tiempo, necesitada como está dicha rama del ordenamiento jurídico de un mayor equilibrio, tras ciertas exageraciones metodológicas de cuño economicista.

Pero es que, por último, la utilidad y conveniencia de una regulación societaria como la contenida en la PCM desbordan el marco estricto de las sociedades mercantiles, para servir de elemento inspirador al tratamiento de otras personas jurídicas, habitualmente ajenas a este sector del ordenamiento. En tal sentido, resulta ejemplar, entre nosotros, la influencia del Derecho de sociedades en la ordenación normativa de las fundaciones; de este modo, algunos de sus aspectos básicos, como la constitución de la persona jurídica, o el régimen del patronato y la responsabilidad de los patronos,

toman directamente de la normativa societaria (sobre todo, claro está, de la correspondiente a las sociedades de capital) no sólo la inspiración sino también los detalles específicos del régimen que se ha terminado por implantar. Esta influencia unilateral puede derivar hacia una interconexión multilateral del régimen de las personas jurídicas, si terminan por consolidarse las normas que en algunos países, como en Italia, hacen posible las modificaciones estructurales heterogéneas. Con ello, y aun manteniéndose, claro está, la singularidad de cada persona jurídica, se daría pie a una suerte de "libre circulación" de instituciones, en cuyo tratamiento resultaría determinante la disciplina societaria. La PCM no llega, obviamente, tan lejos, y su amplio contenido bien merece, además del análisis técnico por parte de los estudiosos, que se continúe su tramitación legislativa a fin de perfeccionar, en lo posible, su interesante y valioso contenido. El Derecho de sociedades saldrá beneficiado de ello.

propósito de llevar adelante esta importante iniciativa legislativa, si bien, eso sí, con algunos cambios relevantes respecto del contenido de aquélla que no afectan, por lo demás, de manera sustantiva al Derecho de sociedades y a las opiniones expuestas en el presente artículo.