

EL DERECHO DE SOCIEDADES ESPAÑOL: DE LOS CÓDIGOS DE COMERCIO DEL SIGLO XIX AL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL DEL SIGLO XXI; UN BREVE RECORRIDO HISTÓRICO

THE RIGHT TO SPANISH COMPANIES: CODES OF COMMERCE XIX CENTURY TO DRAFT CODE OF THE CENTURY TRADE; BRIEF HISTORY TOUR A

Dr. D. Jesús Quijano González¹

I summarize: El incipiente Derecho societario de los Códigos del siglo XIX (1829. 1885) y las primeras leyes especiales. Las leyes societarias del siglo XX: a) Las Leyes de sociedades anónimas y de sociedades limitadas de 1951 y 1953. b) La gran reforma societaria tras el ingreso de España en la CEE: el TR de la LSA de 1989; la LSRL de 1995; el RRM de 1996. La evolución posterior: a) Las principales reformas. b) La Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, de 2009. La refundición del Derecho Societario español: el TR de la Ley de Sociedades de Capital de 2010. a) Significado y contenido. b) Las reformas el TR LSC hasta la actualidad. El Derecho de Sociedades en el Anteproyecto de Código Mercantil de 2014: Libro II.

palabra clave: derecho societario; primeras leyes especiales; modificaciones estructurales.

Abstract: The fledgling company law codes of the nineteenth century (1829. 1885) and the first special laws. The corporate laws of the twentieth century: a) The Laws of corporations and limited partnerships in 1951 and 1953. b) The large corporate reform following the entry of Spain into the EEC: the TR of the Companies Act 1989; the LSRL 1995; RRM 1996. Subsequent developments: a) The main reforms. b) The Law on structural modifications of commercial companies, 2009. The recasting of the Spanish Corporate Law: the TR Capital Companies Act 2010. a) Meaning and content. b) Reforms TR LSC until today. Company Law in the Draft Commercial Code of 2014: Book II.

Keywords: Corporate Law; first special laws; structural modifications.

¹ Professor Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valladolid. E-mail: jq@eco.uva.es .

Índice: I - El incipiente derecho societario de los códigos de comercio del siglo XIX: 1829; 1885. II - Las leyes societarias del siglo XX. III - La evolución posterior. IV - La refundición del derecho societario español: el texto refundido de la ley de sociedades de capital de 2010. V - El derecho de sociedades en el anteproyecto de código mercantil de 2014: el libro II.

I - EL INCIPIENTE DERECHO SOCIETARIO DE LOS CÓDIGOS DE COMERCIO DEL SIGLO XIX: 1829; 1885

Aunque es cierto que en muchos documentos mercantiles, públicos y privados, pueden encontrarse referencias abundantes a las sociedades comerciales de la época, bien puede afirmarse que las primeras manifestaciones formales y sistematizadas de lo que podemos considerar históricamente como Derecho Societario se encuentran en los Códigos de Comercio del siglo XIX, tanto en España como en otros países del entorno que conocieron una similar dinámica codificadora bajo la influencia del Code de Commerce francés de 1807.

En España, en concreto, el primer Código de Comercio, elaborado en 1829, dedicaba su Título II a las “compañías de comercio”, concebidas entonces como una modalidad contractual, el denominado “contrato de compañía”, al que el artículo 264 de aquel Código definía como “un contrato por el que dos o más personas se unen, poniendo en común sus bienes o industria, o alguna de estas cosas, con objeto de hacer algún lucro”. En la fase de desarrollo de la tipología societaria entonces conocida, el artículo 265 distinguía tres tipos de sociedades: la regular colectiva, la compañía en comandita, donde ya se distinguía la comandita simple y la por acciones, y la anónima, caracterizada ésta por la “creación de un fondo por acciones determinadas para girarlo sobre uno o muchos objetos que den nombre a la empresa social, cuyo manejo se encargue a mandatarios o administradores amovibles a voluntad de los socios”.

Se detallaban a continuación los aspectos básicos del régimen de cada sociedad en los artículos 266 a 298, en muchos casos con notable precisión

técnica y jurídica, y en las sucesivas Secciones se contenían materias con orientación común para los distintos tipos, así, la Sección Segunda, artículos 299 a 325, se dedicaba a las obligaciones mutuas entre los socios y al modo de resolver sus diferencias y la Sección Tercera, artículos 326 a 353, al término y liquidación de las compañías de comercio, donde ya aparecía la distinción entre las causas de rescisión parcial y de disolución total, con orientación subjetiva y objetiva respectivamente. Una última Sección Cuarta recogía la figura de la “sociedad accidental o cuentas en participación”, cuya definición dejaba claro que constituían un instrumento con el que pueden los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo con la parte de capital que convengan y haciéndose partícipes de los resultados prósperos o adversos en la proporción que determinen, pero todo ello sin establecer compañía formal bajo las reglas prescritas en el propio Código.

Este mismo modelo pasó al Código de Comercio de 1885, todavía vigente en España, aunque concretamente en la materia societaria sólo unas pocas reglas comunes, junto con el régimen de las sociedades de personas, subsisten de lo que fue su texto inicial. El artículo 116 seguía configurando el concepto de sociedad a través de su dimensión contractual y definía el contrato de compañía como aquél por el cual “dos o más personas se obligan a poner en común bienes, industria o alguna de estas cosas para obtener lucro”, pero introducía a continuación el criterio de mercantilidad de las sociedades (haberse constituido conforme a las disposiciones del Código) y la atribución de personalidad jurídica una vez que la sociedad estuviere regularmente constituida. Los siguientes artículos, de aplicación común, precisaban los requisitos de la constitución regular (escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil), disponían reglas para el tratamiento de la irregularidad (la validez del contrato entre los socios y la responsabilidad solidaria de los gestores frente a terceros) y enumeraban los tipos de sociedad mercantil conocidos en el momento: la regular colectiva, la comanditaria y la anónima. Cada uno de los tres tipos tenía luego una regulación propia: la sociedad colectiva en los artículos 125 a 144; la comanditaria en los artículos 145 a 150 ; la anónima en los artículos 151 a 174, donde ya se recogían

normas particulares para las acciones y para los derechos y obligaciones de los socios. Un conjunto de sociedades especiales (las compañías de crédito, los bancos de emisión y descuento, las compañías de ferrocarriles y demás obras públicas, los almacenes generales de depósitos, los bancos de crédito territorial y los bancos y sociedades agrícolas) tenía regulación propia a continuación, antes de que se estableciera el régimen del término y liquidación de las compañías mercantiles, distinguiendo de nuevo la rescisión parcial en las sociedades de personas, colectivas o comanditarias, y la disolución total de las compañías, con causas comunes a todas (el cumplimiento del término prefijado, la conclusión de la empresa social, la pérdida total del capital y la quiebra de la compañía) y causas específicas de las sociedades de personas, y añadiendo reglas para la liquidación de la sociedad disuelta. La figura de la cuenta en participación (artículos 239 a 243) aparecía a continuación como una modalidad contractual para la colaboración económica, diferenciada de los tipos societarios.

Sin perjuicio de la aprobación de normas que iban actualizando, modificando o sustituyendo, el régimen societario del Código de Comercio, ciertamente escaso e incompleto, el marco brevemente descrito permaneció hasta mediados del siglo XX, momento en que aparecieron, ya separadamente del Código, las dos leyes propias de los dos tipos de sociedades de capital, la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada, que vinieron a conformar el que podemos considerar como moderno Derecho societario español.

II - LAS LEYES SOCIETARIAS DEL SIGLO XX

a) Las Leyes de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada de 1951 y 1953

Las dos leyes societarias elaboradas a mitad del siglo XX (la de sociedades anónimas, de 17 de julio de 1951, y la de sociedades limitadas, de 17

de julio de 1953) representaron, sin duda, la principal iniciativa histórica para construir un Derecho societario de cierta entidad en España. La Exposición de Motivos, tan extensa como interesante, que precedía a la Ley de sociedades anónimas (LSA) proclamaba con énfasis la voluntad de “colmar una de las más acusadas lagunas legislativas que la obra codificadora del siglo XIX dejó en el marco de nuestras leyes mercantiles”. Entendía que el ordenamiento español no había seguido los precedentes de otros derechos de países europeos (se refería principalmente a la ley alemana de 1937 y al Código italiano de 1942) que disponían de un régimen legal completo para la sociedad anónima; lo achacaba a un mal entendimiento del principio de libertad económica, que dejaba en manos de los interesados construir la disciplina societaria desde una perspectiva contractual con escasas reglas legales previas. Se trataba, pues, de institucionalizar la sociedad anónima, configurando un marco legal en buena medida imperativo, en el que adquirieran estabilidad normativa los caracteres esenciales y las reglas básicas del tipo societario.

Ésta fue la intención de los legisladores que, en un texto completo, y como ley especial separada del Código, ordenaron en once capítulos el régimen jurídico de las sociedades anónimas: las disposiciones generales (concepto, denominación, mercantilidad por la forma, obligatoriedad del tipo si el capital superaba los cinco millones de pesetas, domicilio), la fundación; las acciones; los órganos sociales (junta general y administradores); la modificación de los estatutos con especial atención al aumento y la reducción del capital; el balance; la emisión de obligaciones; la transformación y fusión; la disolución y liquidación; más un conjunto de disposiciones transitorias, adicionales y finales, para determinar la entrada en vigor y acomodar otras leyes a la nueva regulación societaria. Quedó así configurado un marco legal de referencia ciertamente sistematizado, con influencias reconocibles de los ordenamientos societarios citados, en el que los aspectos institucionales de la sociedad anónima como corporación mercantil superaban la dimensión contractual.

No pasó mucho tiempo sin que se percibiera la conveniencia de completar

tal regulación con la legalización de otro tipo societario, ya conocido y utilizado en la práctica, pero carente de estructura normativa. En efecto, los redactores de la Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada manifestaban su preocupación porque este tipo de sociedad de capital fuera utilizado para escapar del rigor recientemente impuesto a la sociedad anónima. Se trataba ahora de abordar su regulación básica, con la intención de delimitar un mínimo legal sin la pretensión institucional que había orientado la sociedad anónima. La nueva ley de 1953, introduciendo un tipo societario no previsto en el Código de Comercio, era en efecto una disposición breve, dirigida a regular los aspectos más elementales de un “tipo menor” de sociedad de capital. En sus ocho capítulos contenía unas disposiciones generales (concepto, denominación, máximo de cincuenta socios y de cinco millones de pesetas de capital, mercantilidad y domicilio), y un régimen para la fundación, los órganos sociales, las modificaciones estatutarias, las participaciones sociales, el balance y la distribución de beneficios, y la disolución y liquidación, junto con las correspondientes disposiciones transitorias y finales. En todo su itinerario se percibían los dos rasgos que seguramente mejor caracterizaban el nuevo tipo societario: la flexibilidad, especialmente evidente en materia de órganos sociales, y la naturaleza mixta, que combinaba el carácter de sociedad de capital con los rasgos personalistas, bien notorios en el régimen de la transmisión de las participaciones sociales.

La utilización de ambos tipos en la práctica empresarial arrojó durante toda la época de vigencia de ese modelo una clara preferencia hacia la sociedad anónima, dotada de un régimen más completo que proporcionaba más seguridad jurídica y de acceso libre mientras no existió el requisito de capital mínimo. Con el complemento del Reglamento del Registro Mercantil, de 1956, el Derecho societario español permaneció así largo tiempo, concretamente hasta que el ingreso de España en la Comunidad Económica Europea obligó a modificar esta situación en el sentido que a continuación se describe.

b) -La gran reforma societaria tras el ingreso de España en la CEE: el Texto Refundido de la LSA de 1989; la LSRL de 1995; el RRM de 1996.

Las citadas leyes societarias de los años cincuenta llegaron sin cambios significativos al tramo final del siglo. Obtenido el ingreso de España en la Comunidad Europea, tras el cambio político que simboliza la Constitución de 1978, se hizo necesaria la adaptación de una gran parte del Derecho Mercantil entonces vigente al estado de la normativa europea. Era el año 1986 y, en el caso concreto del Derecho de sociedades, la Comunidad Europea había producido Directivas de armonización de los derechos nacionales desde 1968, principalmente dirigidas a las sociedades anónimas; materias tan significativas como la constitución de la sociedad, el régimen del capital, la fusión y la escisión, la contabilidad anual y la auditoría, la unipersonalidad societaria, etc., habían sido objeto de ese proceso armonizador, que debía ser asumido por el nuevo Estado miembro. Una Ley de 29 de julio de 1989 marcó el camino de tal adaptación y, a partir de ella, se elaboró el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, de 29 de diciembre de 1989

La nueva LSA, sin embargo, no se limitó a incorporar las Directivas comunitarias en lo que era estrictamente necesario para acomodar el Derecho societario vigente. Aquel trance se aprovechó para una modernización del régimen de la sociedad anónima que iba mucho más allá de lo exigido. Lo muestra bien el hecho de que materias no armonizadas por texto comunitario (es el caso de los órganos sociales, ya que el Proyecto de Quinta Directiva seguía sin avanzar, pero no lo fue el de los grupos de sociedades, objeto también de un Proyecto de Novena Directiva que no prosperó) quedaron también afectadas por amplia reforma, junto a aquellas que estaban directamente relacionadas con el acervo comunitario acumulado (así, en especial, la constitución, la inscripción y la nulidad de la fundación, el régimen del capital y las acciones, su aumento y reducción, las cuentas anuales y la auditoría obligatoria, la fusión y la escisión de sociedades, etc.) Nótese, por ejemplo, que la categoría de responsabilidad por deudas de los administradores que incumplieran la obligación de procurar la disolución de la

sociedad en situación de pérdidas cualificadas, fue introducida en ese momento, sin que viniera impuesto por armonización comunitaria.

La conveniencia de abordar un proceso equivalente de actualización de la sociedad limitada, a pesar de que la armonización le afectaba en escasa medida, tuvo como fruto en este caso una nueva Ley, y no un texto refundido de la vigente desde 1953, como lo fue la Ley de Sociedades Limitadas de 1995; una regulación prácticamente nueva del tipo societario, teniendo en cuenta la parquedad del precedente, en la que se introdujeron aspectos tan singulares como la unipersonalidad, originaria o sobrevenida, extendida también a la sociedad anónima y en la que algunos aspectos relevantes (la impugnación de los acuerdos sociales o la responsabilidad de los administradores, por ejemplo) quedaban remitidos al régimen previsto en la sociedad anónima, lo que contribuía a acercar entre sí los tipos de sociedad de capital, con el resultado final que posteriormente se produciría con la vigente Ley de Sociedades de Capital.

Circunstancia verdaderamente destacable en aquel contexto fue la exigencia por primera vez de un capital mínimo, fundacional y permanente, para cada sociedad (en cifra actual, 60.000 euros en las anónimas, 3.000 en las limitadas); lo que motivó una inversión total en la estadística de utilización de los tipos. Ya en aquel momento, muchas sociedades anónimas que no alcanzaban la cifra de capital mínimo hubieron de transformarse en limitadas, pues la exigencia alcanzaba también a las sociedades existentes y no sólo a las de nueva creación; a partir de entonces y hasta la actualidad, la estadística, en media anual, muestra que nunca menos del 90% de las sociedades que se fundan son limitadas. Situación que, unida a la progresiva y creciente entidad propia que han ido alcanzando las sociedades anónimas cotizadas, no ha dejado de plantear la conocida “cuestión tipológica”, esto es la pervivencia formal de tipos societarios, en buena medida superpuestos, cuando la práctica ha ido sedimentando una distinción bien perceptible entre sociedades cerradas (las limitadas) como tipo de referencia para la pequeña y mediana empresa, y sociedades abiertas (las anónimas cotizadas), como forma de la gran empresa que accede a los mercados

de valores y de capital, que diversifica su actividad, que está sometida a reglas más estrictas de contabilidad, auditoría o de supervisión, en razón de su objeto, que a menudo forma parte de complejos conglomerados societarios y que se internacionaliza con más facilidad.

Este marco normativo (Leyes de SA y de SL, de 1989 y 1995, respectivamente) es el que ha llegado a la cita del siglo XXI, no sin experimentar algunos cambios significativos, fruto de la rápida y profunda evolución experimentada por el propio contexto económico. Este es el aspecto que se examina en el siguiente apartado.

III - LA EVOLUCIÓN POSTERIOR:

a) Las principales reformas:

La evolución del Derecho Español de Sociedades en lo que va del siglo XXI expresa bien aquella vieja reflexión según la cual la historia del Derecho de Sociedades es la historia de su reforma. El proceso reformista tuvo sus primeras manifestaciones con algunas modificaciones puntuales (así, por ejemplo, la que estableció los requisitos para regularizar el sistema de retribución de administradores mediante opciones sobre acciones y otras incorporadas a la Ley de Medidas para la Reforma del Sistema Financiero, en 2002, y a las leyes de acompañamiento presupuestario de la época), pero alcanzó ya un punto culminante en la denominada **Ley de Transparencia de 2003**, que en pleno debate sobre la conveniencia o necesidad de transmutar algunas recomendaciones de “buen gobierno”, hasta entonces de seguimiento voluntario, en normas imperativas, introdujo significativas modificaciones en la LSA vigente entonces, excediendo notablemente las indicaciones que el Informe Aldama sugería como corrección del más voluntarista Informe Olivencia. Algunas de esas modificaciones, en concreto la “carta de deberes” de los administradores en el desplegado artículo 127, a partir de las nociones de diligencia, fidelidad y lealtad, o

las novedades en materia de responsabilidad (de entonces procede la interesante referencia a los “administradores de hecho”), pasaron a ser, no siempre con acierto, norma general para todas las sociedades anónimas; otras se produjeron en la **Ley del Mercado de Valores**, donde quedó configurado el conocido **Título X sobre Sociedades Cotizadas**, que agrupa algunas reglas (en materias como los pactos parasociales, el reglamento del Consejo, la publicidad informática, el informe anual de gobierno corporativo, luego desarrollado en detalle, etc.) cuya ubicación ha sido fuente de confusión en cuanto al ámbito sistemático en que procede insertar las especialidades propias del citado subtipo, entonces repartidas sin criterio entre la LSA, con evidente dispersión, y el indicado Título X de la Ley del Mercado de Valores. La posterior inclusión de éste en la materia que habría de ser refundida en la vigente Ley de Sociedades de Capital de 2010 vendría a restaurar una distinción (una cosa son los aspectos tipológicos de la cotizada, dominio nítidamente societario, y otra bien distinta las reglas de actuación de la cotizada en el mercado de valores) que nunca debió olvidarse.

Ese mismo año 2003 se produjo la introducción en la LSRL de la figura simplificada denominada “**Sociedad Limitada Nueva Empresa**”, pensada para una rápida constitución mediante estatutos-tipo y a través de un “documento unificado electrónico” y para una ágil gestión, con menos éxito del esperado en su aplicación, pero la reforma se aprovechó para acoger algunas demandas de las empresas familiares en materia de transmisión de participaciones y de adquisición de las participaciones propias, que quedaron más flexibilizadas.

Igualmente en 2003, con ocasión de la aprobación de la nueva **Ley Concursal** española que venía a sustituir el viejo derecho de quiebras y suspensiones de pagos, se introdujeron algunas reformas de adecuación en la legislación societaria.

La necesaria incorporación en **2005** de la **Sociedad Anónima Europea** al Derecho nacional, habida cuenta del enorme margen supletorio reconocido a éste por el Reglamento Comunitario que contenía el Estatuto de la figura, y de la envergadura de las materias remitidas (la opción entre los modelos monista y dual

de administración, además de las variantes de participación de los trabajadores, objeto de Directiva separada, que dio lugar a la Ley de implicación en 2006), fue de nuevo aprovechada para introducir en la LSA un conjunto de reformas de notable calado. Algunas anticipaban cuestiones relativas a derechos de minoría (el “complemento de convocatoria”, por ejemplo), o a participación a distancia de los socios (asistencia, representación y voto, a desarrollar estatutariamente) que luego serían objeto de Directiva específica para las sociedades cotizadas en 2007, incorporada con más extensión en 2011, ya vigente el texto refundido actual. Otras iban dirigidas a coordinar algún aspecto del régimen de la sociedad anónima con el de la sociedad europea, como era el caso de la duración legal del mandato de los administradores, que se elevó entonces de cinco a seis años. Otras, en fin, vinieron a aclarar asuntos largamente debatidos, y la extensión ilimitada de la responsabilidad de los administradores por las deudas de la sociedad en los casos de incumplimiento de las obligaciones legales previstas en los artículos 262 de la LSA y 105 de la LSRL quedó desde entonces reducida a las obligaciones contraídas con posterioridad a la causa de disolución, si bien con presunción de anterioridad salvo prueba en contrario.

El año **2007** fue ciertamente prolífico en reformas: vio la luz la Ley de **Sociedades Profesionales**, con sugerentes motivos de interpretación como es el caso del peculiar modelo de responsabilidad de sociedad y socios; se acomodó el régimen de las **ofertas públicas de adquisición** a la Directiva comunitaria, de nuevo mediante reforma del artículo 60 de la Ley del Mercado de Valores, luego desarrollado por Reglamento de 2009, con lo que entraron en escena nuevos supuestos de OPA obligatoria relacionados con las modalidades de control, y nuevos elementos de importante incidencia como el alcance del deber de abstención de los administradores, las fórmulas de neutralización de los blindajes, o el mecanismo de compraventa forzosa en casos de adquisición de mayoría muy elevada; y, muy particularmente, tras la acogida comunitaria de las Normas Internacionales de Contabilidad y la reforma de las correspondientes Directivas, se desencadenó la fundamental **reforma contable** que afectó tanto a las normas generales del Código de Comercio en la materia y al Plan General Contable, como

al régimen particular de las sociedades, previsto en los artículos 171 y siguientes de la LSA y aplicable por remisión a la sociedad limitada, convirtiendo el concepto de “patrimonio neto” en clave de bóveda del nuevo sistema.

b) - La **Ley de Modificaciones Estructurales** de Sociedades Mercantiles, de 3 de abril de 2009, supuso sin duda un salto cualitativo en el proceso descrito. Con ocasión de la trasposición de la Directiva sobre fusiones transfronterizas, de 2005, a la que luego se incorporó en 2007 otra breve Directiva fruto de la tendencia simplificadora dirigida a la eliminación o flexibilización de ciertos requisitos (el informe de expertos en concreto) en esas operaciones, se abordó la revisión completa de la disciplina de las modificaciones estructurales hasta entonces reguladas (transformación, fusión y escisión) y se añadió el régimen de otras de las que sólo había tratamiento parcial o fragmentario en el Derecho español (cesión global de activo y pasivo y traslado internacional de domicilio). Se trataba de una novedosa experiencia, con algún antecedente comparado (el más significativo era la Ley alemana en la materia), de ley transversal aplicable a todos los tipos societarios, personalistas y de capital, siempre que se tratara de sociedades inscritas. No contenía, sin embargo, disposiciones generales o comunes para el conjunto de las modificaciones estructurales, más allá de las que delimitan el ámbito de aplicación en los dos primeros artículos de la Ley; cada operación mantiene en la Ley su régimen propio y diferenciado, sin perjuicio de las abundantes remisiones al régimen de la fusión que, de algún modo, funciona como régimen supletorio en la escisión y en la cesión global, habida cuenta de que las otras operaciones (transformación y traslado de domicilio) tienen otras finalidades y obedecen a estructuras diferentes. El resultado no deja de ser especial: determinadas reglas de la fusión transfronteriza, a las que se unieron otras procedentes de las Directivas originarias (Tercera y Sexta sobre fusión y escisión), que no se habían incorporado en su momento, pasaron a ser reglas comunes para toda fusión (así, aspectos del programa de fusión, de los requisitos, de la publicidad, de los efectos, o de la impugnación), y de ahí a ser reglas aplicables por remisión a la escisión y a la cesión global; en materia de transformación se delimitaron con más claridad los supuestos de doble entrada

(transformación de una sociedad en otra y viceversa) que, debido a la anterior dispersión normativa, padecían notable confusión en nuestro Derecho.

La tramitación de la Ley de Modificaciones Estructurales fue de nuevo aprovechada con otros fines, mediante las correspondientes **Disposiciones Adicionales**: durante su proceso de elaboración se había modificado la trascendental Segunda Directiva, que databa de 1968, en materia de capital, con importantes novedades a propósito de la adquisición de acciones propias, de la asistencia financiera, de las variaciones del capital, etc., de modo que las citadas Disposiciones aportan significativas reformas en la LSA, si bien con desigual alcance; así, quedó profundamente renovado el régimen de adquisición de acciones propias, con tendencia marcadamente permisiva (la elevación al doble del tope de acciones propias o de la sociedad dominante, tanto en las sociedades cotizadas como en las que no lo son, es buena muestra de ello), pero no se tomó en consideración similar orientación flexibilizadora respecto de la asistencia financiera. Otras reformas puntuales operadas en las leyes de sociedades de capital (adquisiciones onerosas en la época inmediatamente posterior a la fundación, dividendos pasivos, acuerdos necesitados del quórum especial para incluir la mención a todas las modificaciones estructurales, etc.) completaron esta importante pieza del nuevo Derecho Societario. Incluso se introdujo en la LSA, y con alcance general, el principio de igualdad de trato de los socios, antes de que la jurisprudencia comunitaria lo sometiera a matizaciones restrictivas.

Por fin, y ya en la fase de tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley, se acomodó la LSA a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 18 de diciembre de 2008, que había considerado no conforme a Derecho Comunitario la posibilidad de que los titulares de obligaciones convertibles de emisiones anteriores ejercieran derecho de suscripción preferente, junto con los accionistas, sobre las obligaciones convertibles emitidas con posterioridad. Entendía el Tribunal que la Segunda Directiva sólo permitía ejercer ese derecho a los accionistas, sin perjuicio de que fuera excluido por acuerdo mayoritario, en atención al interés social, y con los requisitos legales, al igual que sucede en los

aumentos de capital con emisión de nuevas acciones. Precisamente el hecho de que la nueva redacción del precepto, sin exigirlo la Sentencia, ponga en conexión el derecho de suscripción preferente de los socios con la emisión de nuevas acciones que exigen aportación dineraria, no dejó de causar sorpresa en los intérpretes. Con posterioridad, y a propósito de una modificación en la Ley del Mercado de Valores y otras leyes sectoriales para adecuarlas al nuevo criterio comunitario sobre participaciones significativas, se completó la reforma anterior en un aspecto que no había sido considerado: la delegación de la emisión de obligaciones convertibles en los administradores de la sociedad cotizada, permitirá delegar también la supresión del derecho de suscripción preferente de tales obligaciones por los socios, tal como ya estaba previsto en caso de delegación del aumento de capital.

Además de las reformas consideradas, la Ley de Modificaciones Estructurales contenía otro propósito del mayor calado: su Disposición Final Séptima encomendaba al Gobierno la elaboración, en el plazo de un año y por Real Decreto Legislativo, de un Texto Refundido de Sociedades de Capital, en el que tuvieran acogida las dos leyes básicas en la materia, esto es, la de anónimas y la de limitadas, así como los preceptos que el Código de Comercio dedicaba a la sociedad comanditaria por acciones y el Título X de la Ley del Mercado de Valores sobre sociedades cotizadas. Tal objetivo, como ya se señaló, se ha visto cumplido mediante el Real Decreto Legislativo de 2 de julio de 2010, publicado en el BOE del 3 de julio, con entrada en vigor el 1 de septiembre. Su especial trascendencia merece consideración destacada en el siguiente epígrafe.

Queda, no obstante por añadir, que, en pleno proceso de elaboración del indicado Texto Refundido, se produjo una nueva modificación de la todavía LSA, en materia tan sensible como lo es el de la limitación estatutaria del máximo de voto a emitir por un mismo accionista. En efecto, el artículo 105 de la entonces LSA, recogiendo un antecedente de la Ley alemana de 1937 que ya constaba en nuestra Ley de 1951, permitía que los estatutos de cualquier sociedad fijaran con carácter general el número máximo de votos que puede emitir un mismo

accionista o sociedades pertenecientes a un mismo grupo. La cuestión ha venido siendo arduamente discutida, en el contexto del debate comunitario sobre el “principio de proporcionalidad” que se expresa en la máxima “una acción – un voto”, pero, dada la variedad de mecanismos susceptibles de alterar ese principio vigentes en los ordenamientos nacionales, sin resultados concluyentes, más allá de las previsiones sobre neutralización de blindajes con ocasión del desarrollo de las ofertas públicas de adquisición. La citada reforma, en 2010, prohibió las cláusulas limitativas de voto, directas o indirectas, en las sociedades cotizadas, donde se declaran nulas de pleno derecho, y permitiéndolas en las demás, si bien concediendo un plazo de un año para la entrada en vigor de la prohibición, que es el tiempo de que dispondrán las sociedades cotizadas para retirar de sus estatutos tales cláusulas. La indicada reforma se acompañó, además, con la habilitación de dos instrumentos pensados para la comunicación y la actuación conjunta de pequeños accionistas, como son los Foros Electrónicos a activar en la página web de la sociedad cotizada y las Asociaciones específicas y voluntarias de accionistas en cada sociedad cotizada, pendientes de desarrollo reglamentario. La prohibición citada no estuvo, sin embargo, vigente durante mucho tiempo; tras el cambio político derivado de las elecciones de 2011, y de nuevo aprovechando otra reforma legal, la prohibición volvió a ser suprimida para volver al sistema anterior, permisivo con las cláusulas de limitación del máximo de votos, sin perjuicio de la excepción en casos de adquisición de acciones por oferta pública (OPA) que llegaran a alcanzar el 70% del capital, en cuyo caso el blindaje decaería automáticamente.

La crisis económica, por último, pasó su factura en algún asunto societario, y a finales de 2008, antes de que se cerraran los balances del ejercicio, un Real Decreto Ley, con inicial vigencia bianual y luego prorrogado, permitió no computar como pérdidas las depreciaciones de ciertos activos, especialmente los inmobiliarios, con significativos descensos de valor, para evitar que de forma automática la sociedad afectada se encontrara en situación de pérdidas cualificadas, con obligación de disolución y con riesgo de responsabilidad solidaria de sus administradores por las deudas sociales contraídas a partir de entonces, a

tenor de los artículos 260 y 262 de la LSA.

IV LA REFUNDICIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO ESPAÑOL: EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL DE 2010

a) Significado y contenido

Como ya quedó apuntado, el proceso de reforma del Derecho Español de Sociedades ha experimentado un impulso singular con la aprobación del reciente Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Atendiendo al mandato procedente de la Ley de Modificaciones Estructurales, el TRLSC refunde en una sola norma, con 528 artículos distribuidos en 14 Títulos, las Leyes de anónimas y limitadas, los artículos que el Código de Comercio dedicaba a la sociedad comanditaria, y el Título X de la Ley del Mercado de Valores, sobre sociedad cotizada, si bien en este punto concreto cabe observar que no todo el contenido de ese Título ha pasado al nuevo texto. Como bien se deduce de la Disposición Derogatoria, punto 4º, algunos preceptos mantienen su vigencia separada, concretamente los referidos más directamente a obligaciones de publicidad (informe anual de gobierno corporativo); el recurrente debate sobre la “pertenencia jurídica” de la sociedad cotizada, tras el paso del texto por las diversas instancias (Comisión General de Codificación, Ministerios afectados, Consejo de Estado) dio este resultado: la mayor parte de las especialidades de la sociedad cotizada, tanto las que procedían del citado Título X de la LMV, como las que estaban dispersas a lo largo de la LSA, han quedado agrupadas en el Título XIV del nuevo Texto Refundido donde, en efecto, aparecen como tales especialidades ordenadas por capítulos (acciones, suscripción de acciones, autocartera, obligaciones, junta general, administradores, pactos parasociales e información societaria, rótulo éste que incluye las especialidades contables y en el derecho de información de los socios, así como la previsión de los Foros y Asociaciones de Accionistas antes mencionados); en la Ley del Mercado de Valores permanecen esos pocos preceptos que la Disposición Derogatoria excluye de su efecto, casi como un

símbolo de la doble dependencia de la sociedad cotizada.

Más allá de esta circunstancia, la nueva disposición constituye un ambicioso intento de resistematizar el Derecho de Sociedades; es eso exactamente, y no otra cosa, como bien lo pone de manifiesto la propia Exposición de Motivos que precede al Real Decreto Legislativo. De manera que la refundición no solventará las disfunciones tipológicas relacionadas con la superposición de la limitada y la anónima cerrada, ni terminará de dotar de un régimen más propio a la cotizada, ni cambiará los criterios con que se regulan tantos asuntos que merecerían reforma; un texto refundido debe respetar la materia a refundir, porque no es una ley nueva. Ésa es su servidumbre, ni puede suprimir o modificar las normas preexistentes, ni cambiar de rango otras que bien lo merecerían (en el Reglamento del Registro Mercantil hay, como es sabido y notorio, muchos preceptos que debieran estar en las leyes de sociedades, y también a la inversa); pero no convendría desmerecer su alcance. El mandato parlamentario, recogiendo una fórmula derivada de la configuración constitucional del instrumento refundidor, indica que el texto legal único debe regularizar, aclarar y armonizar los textos que van a ser agrupados en la refundición; de modo que refundir no es innovar ni reformar, pero tampoco simplemente yuxtaponer o acumular sin más. Por efecto de la refundición, muchos preceptos son ahora norma común para las sociedades de capital, otros han sido matizados en su redacción y otros han cambiado de ubicación en la nueva estructura sistemática del Texto; cada una de estas circunstancias suscitará en muchos casos nuevas construcciones interpretativas o proporcionará nuevos criterios de aplicación, y probablemente se apreciará que la incidencia de la nueva norma puede resultar bastante superior la que cabría esperar de un simple texto refundido.

Una observación, siquiera somera, del Texto Refundido permite apreciar que en su elaboración se ha seguido un criterio de ordenación por materias y no por tipos societarios; en cada materia hay reglas comunes a las distintas sociedades de capital, bien porque ya lo eran por coincidencia sustancial o por remisión (normalmente de la limitada a la anónima), bien porque al refundir se ha

optado por convertir en norma común una determinada regla que antes era particular de un tipo de sociedad y ahora ha dejado de serlo para pasar a ser común por efecto de la refundición. Tal técnica opera en cada capítulo, en cada sección, e incluso en artículos concretos, de manera que, junto a las normas comunes, se van entrelazando las especialidades que sólo tienen aplicación en la anónima o en la limitada en aquellos casos en que la regla era privativa y no generalizable. Con carácter general, cuando se trata de norma común, la referencia aplicativa se hace genéricamente a las sociedades de capital, mientras que en las normas particulares hay mención específica al tipo de sociedad correspondiente. Es obvio también que en el conjunto del Texto Refundido se ha reconocido prioridad sistemática a la sociedad limitada, teniendo en cuenta el carácter de tipo básico que ha ido adquiriendo progresivamente como consecuencia de su creciente utilización en la práctica (baste recordar que en las recientes estadísticas la forma de limitada alcanza en torno al 90% del total de las sociedades de nueva fundación).

La ordenación por materias antes señalada se recoge en 14 Títulos que se refieren sucesivamente a las Disposiciones generales (denominación, nacionalidad y domicilio, a las que se han añadido el régimen de la sociedad unipersonal, habida cuenta de su significado tipológico común, y la regla de delimitación genérica del concepto de grupo de sociedades a los efectos legales del propio Texto Refundido), a la constitución de las sociedades de capital, a las aportaciones, a las participaciones sociales y acciones, a la junta general, a la administración de la sociedad, a las cuentas anuales, a la modificación de los estatutos sociales, a la separación y exclusión de socios, a la disolución y liquidación, a las obligaciones, a la Sociedad Limitada Nueva Empresa, a la Sociedad Anónima Europea y a la sociedad cotizada.

Una exposición pormenorizada de cada uno de los aspectos concretos en que se ha producido novedad material o sistemática con incidencia interpretativa, requeriría un análisis detallado que excede con mucho el ámbito y la finalidad de este trabajo. Pero no está de más destacar algunos apartados que, a mi juicio, han

adquirido especial significación como consecuencia de la refundición: es el caso del régimen de las participaciones y acciones, donde se han generalizado los derechos del socio y se han distinguido, por obvias razones, las reglas de representación y transmisión, a la vez que se ha uniformado al máximo posible el régimen de los negocios sobre las propias participaciones o acciones; o de la regulación de la estructura orgánica de las sociedades de capital, donde se ha producido igualmente un elevado grado de uniformidad, del que son manifestaciones palmarias el modelo de funcionamiento de la junta general o la generalización de los deberes de los administradores; o de las previsiones en relación con la separación, no así con la exclusión, de socios, antes vinculadas casi en exclusiva a la limitada y ahora más abiertas también a la anónima; o de la configuración de la disolución y liquidación, reordenada principalmente conforme al modelo de la limitada, de mayor perfección técnica, como lo evidencia el hecho de que la reactivación haya pasado a ser norma común; o, en fin, de la agrupación de las especialidades de la sociedad cotizadas en un Título propio con distinción interna de las materias a las que afectan.

El nuevo Texto Refundido ha superado, ciertamente, la dualidad formal del Derecho de Sociedades de Capital en nuestro ordenamiento, pero no sería correcto atribuirle un valor definitivo, sino más bien provisional. Queda por transitar aún un buen tramo del camino, por mucho que el citado TR acerca notablemente a su final lógico; la meta debería situarse en este momento en la culminación de la tarea de una codificación de nuevo cuño del moderno Derecho de Sociedades, a la que me referiré en el último apartado de esta exposición. Esa será la ocasión para reformar más a fondo, para actualizar lo necesario, y para incorporar los aspectos que la evolución de la realidad reclama a un Derecho Societario del futuro.

Por lo demás, el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, de 2 de julio de 2020, fue objeto de una amplia corrección de errores tras su publicación, en la que se habían producido omisiones y confusiones en la traslación al nuevo texto de las leyes refundidas de sociedades anónimas y

limitadas

b) Las reformas posteriores del TR de la LSC hasta la actualidad

Tras su aprobación y entrada en vigor, el TR de la LSC ha sido ya objeto de diversas reformas, algunas de especial calado.

Inicialmente, un **Real Decreto-Ley de 3 de diciembre de 2010**, al aprobar diversas medidas liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, modificó algunos artículos del Texto Refundido (35, 173, 289, 290, 319, 333 y 396) con un objetivo común, reducir cargas administrativas vinculadas a actos societarios que requieren formalización y publicidad, a fin de que la remisión telemática a los registros y la inserción en la página web de la sociedad agilizaran los trámites y ahorraran costes, sustituyendo las fórmulas tradicionales de envío material y publicación escrita. El mismo Real Decreto-Ley contenía también medidas para simplificar la constitución de sociedades mercantiles (la denominada constitución telemática de sociedades limitadas), acortando plazos y evitando gastos, lo que especialmente se produce cuando en la fundación de la sociedad se utilizan estatutos-tipo a través de un formulario preestablecido, a cuyos efectos una Orden del Ministerio de Justicia aprobó poco después, el 9 de diciembre de 2010, el citado formulario.

En **2011** se produjo la trasposición de la **Directiva sobre derechos del socio**, y su ejercicio transfronterizo, en la sociedad cotizada, que data de 2007. Y aunque es cierto que algunos aspectos de su contenido fueron incorporados anticipadamente a la entonces LSA en la reforma de 2005, por la que se introdujo en nuestro ordenamiento la Sociedad Anónima Europea, muchos otros estaban pendientes aún de acogida. Todo un conjunto de reglas, dirigidas principalmente a la sociedad cotizada, sobre participación a distancia de los socios, asistencia, representación y voto, conflictos de interés, emisión de instrucciones de voto, derecho de información, actuación de intermediarios, funcionamiento de la junta

general, voto divergente, adopción de acuerdos, proclamación separada del resultado, etc., que avanzan en la configuración de un régimen especial de la junta en ese subtipo societario, han sido finalmente incorporadas en esa reforma de 2011. También hay que decir que, una vez más, la reforma fue aprovechada para introducir otras novedades (el supuesto del administrador persona jurídica, la posibilidad de instar la convocatoria del consejo de administración por un tercio de sus miembros, etc.). Una en especial (la que reconocía derecho de separación al socio discrepante de un acuerdo de no reparto de la cuarta parte del beneficio, con ciertas condiciones) resultó especialmente polémica y fue dejada en suspenso poco tiempo después, sin que hubiera llegado a aplicarse.

Por otro lado, en la denominada **Ley de Economía Sostenible**, de 4 de marzo de 2011, que modifica un buen número de leyes preexistentes, se han recogido variados aspectos sobre transparencia y gobierno corporativo, especialmente en relación con las retribuciones de los ejecutivos, responsabilidad social de las empresas, etc., que merecen interés. Entre las leyes modificadas está la Ley del Mercado de Valores, en lo referente, entre otros aspectos, al informe anual de gobierno corporativo y al novedoso informe anual sobre remuneraciones de los consejeros y altos directivos, que será de presentación obligatoria en las sociedades cotizadas; destaca en este último su sometimiento a votación, con carácter consultivo y como punto separado del orden del día, en la Junta general ordinaria de accionistas, recogiendo así algunas de las nuevas Recomendaciones emitidas por la Comisión Europea en 2009, para sociedades cotizadas en general y para entidades financieras en particular, distinguiendo la retribución fija y la variable, y poniendo la retribución en relación con los resultados reales, como ya lo ha hecho, por ejemplo, la legislación alemana.

Cabe también mencionar, por su interés en el desenvolvimiento práctico de los conflictos intrasocietarios, la regulación del denominado “arbitraje estatutario”, que una **reforma de la Ley española de Arbitraje de 2003** incorporó en 2011, con lo que quedó fuera de duda la posibilidad de que los estatutos de sociedades de capital contengan cláusulas compromisorias destinadas a someter a arbitraje

los conflictos e impugnaciones de acuerdos, si bien su introducción tras la constitución de la sociedad requerirá de una mayoría favorable cualificada.

En **2013**, la denominada **Ley de apoyo a los emprendedores** ha introducido una variante de la sociedad limitada (la “sociedad limitada de fundación sucesiva”) que posibilita constituir la sin la aportación inicial del capital mínimo, de modo que se pueda alcanzar tal capital de manera sucesiva y sin un límite concreto de tiempo, aunque mientras tanto la sociedad está sometida a restricciones económicas importantes que afectan a la distribución de beneficios y retribuciones y a la dotación de reservas. También esta Ley ha configurado un equívoco supuesto de “empresario individual de responsabilidad limitada” al que, más que limitarle la responsabilidad, se le permite excluir su vivienda habitual, con ciertas condiciones, de la responsabilidad por deudas derivadas de la actividad empresarial.

Más recientemente, la **Ley de 3 de diciembre de 2014, para la mejora del gobierno corporativo**, ha modificado con profundidad el régimen de los órganos societarios, tanto con carácter general, como más especialmente en la sociedad cotizada. Por un lado, aspectos tan significativos de la junta general como su competencia, el ejercicio del derecho de información, los conflictos de interés del socio, o el sistema de impugnación de los acuerdos han sido reformados de manera muy relevante; como también el alcance de los deberes de diligencia y lealtad de los administradores, su régimen de responsabilidad, las reglas de retribución, las facultades del consejo de administración, su función supervisora y la delegación de la gestión, etc. En el ámbito de la sociedad cotizada, las reformas introducidas en la junta general (atribuciones y funcionamiento) y en el consejo de administración (composición, consejeros independientes, cargos unipersonales, comisiones internas de auditoría y nombramientos y retribuciones, sistema de remuneración, informes anuales, etc.) han venido a recoger como norma generalmente imperativa recomendaciones de buen gobierno que formaban parte de códigos de buen gobierno con carácter voluntario. Precisamente por tal motivo, el **Código de Buen Gobierno**, de 2006,

ha sido poco tiempo después, en febrero de 2015, revisado, con el fin de depurarlo de recomendaciones ya legalizadas y de incorporar otras nuevas relacionadas con ambos órganos y especialmente con el consejo de administración; el equilibrio de género en su composición, habida cuenta de la iniciativa comunitaria en la materia, es una de esas recomendaciones objeto de especial énfasis en el nuevo texto.

Finalmente, una reciente Ley de mejora de la financiación empresarial, en 2015, ha reformado el régimen de la **emisión de obligaciones**, destacando el fin de la prohibición que afectaba al respecto a las sociedades limitadas y reconociendo expresamente la posibilidad de que sociedades españolas emitan obligaciones sometidas a la legislación de otros países y destinadas a mercados de valores internacionales, con la consiguiente flexibilización de las condiciones de emisión previstas en la legislación española.

V - EL DERECHO DE SOCIEDADES EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL DE 2014: EL LIBRO II

El proceso de evolución del Derecho societario español concluye por el momento con las indicadas reformas operadas sobre la Ley de Sociedades de Capital de 2010. Hay no obstante una circunstancia de considerable interés que debe destacarse, aunque no tenga aún relevancia normativa en sentido estricto.

En 2014 concluyó la elaboración de un Anteproyecto de Código Mercantil, tras un largo periodo de gestación en el seno de la Comisión General de Codificación, órgano asesor del Ministerio de Justicia para tareas pre legislativas especializadas que había recibido tal encargo. El Anteproyecto constituye una propuesta de revisión global de la materia mercantil con la intención de “recodificarla”, evitando los inconvenientes jurídicos de todo tipo que la excesiva fragmentación y dispersión legislativa producen.

En materia de sociedades, el Libro II del Anteproyecto de Código propone,

sin alterar sustancialmente las bases normativas vigentes, una reordenación global en la que se combinen normas generales comunes a los distintos tipos de sociedad con normas comunes a las respectivas categorías de sociedades de personas y de capital y con normas propias de cada tipo. Junto a ello, las cuentas anuales, la modificación estatutaria, las modificaciones estructurales, y la disolución y liquidación, tienen su regulación sistemáticamente diferenciada.

Pero las dos novedades más significativas que aportaría el nuevo texto, si llegara a prosperar, son seguramente la configuración de la sociedad cotizada como un ámbito normativo (el Título VIII del Libro II) con entidad propia en el que se agrupan sus especialidades y la incorporación de un novedoso Título IX dedicado al fenómeno de los grupos de sociedades, bajo la denominación más comprensiva de las “uniones de empresas”, donde por primera vez tendrían tratamiento legal las cuestiones centrales (tipología de grupos, publicidad, control y responsabilidad, garantías, protección de socios y acreedores, consolidación contable, etc.) de una materia compleja hasta ahora carente de una regulación integrada y con perspectiva de conjunto.

Este es, actualmente, el último paso del largo proceso descrito; incierto en cuanto a su destino como texto legal, pero punto de referencia indudable para disponer de una imagen suficiente del Derecho societario español y su posible orientación en el futuro. Con él se puede dar por concluido el apretado resumen de una evolución que transita desde el siglo XIX hasta el siglo XXI, produciendo frutos normativos prácticamente de forma continua.