

¿Hacia un nuevo derecho de sociedades? Reflexiones desde el derecho español¹

Towards A New Company Law?
Some Observations From Spanish Law

JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO²

RESUMEN

El Derecho de sociedades se ha convertido en una categoría jurídica inestable como consecuencia de las continuas reformas que experimenta en todos los ordenamientos jurídicos. A pesar de ser una rama del Derecho privado, la contribución más importante a esa modificación proviene del legislador. Así se pone de manifiesto en el Derecho español, donde una de las novedades más significativas en la materia viene constituida por el Anteproyecto de

1 Fecha de recepción: 16 de febrero de 2015. Fecha de aceptación: 25 de junio de 2015. Para citar el artículo: Embid, J. "¿Hacia un nuevo derecho de sociedades? Reflexiones desde el derecho español". *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 14, N° 1, enero-junio, 2015. DOI: <https://doi.org/10.18601/16923960.v14n1.01>

Se inició la elaboración del presente trabajo en el marco del proyecto de investigación "Crisis económica y Derecho de sociedades" (DER 18660-2010), subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y se concluye dentro de la vigencia del proyecto de investigación "La renovación tipológica en el Derecho de sociedades contemporáneo" (DER2013-44438P), subvencionado por el Ministerio de Economía y Competitividad. De ambos proyectos es investigador principal el autor.

2 Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad de Valencia, habiéndolo sido con anterioridad en las Universidades de Murcia y Jaume I de Castellón. Es autor de más de doscientas cincuenta publicaciones dentro de su especialidad, habiendo prestado especial atención al régimen jurídico de las sociedades mercantiles de capital, a la organización y funcionamiento de los grupos de sociedades, a los contratos mercantiles (especialmente bancarios y de seguros), así como al Derecho de la Unión europea, entre otros temas. Es miembro del consejo de redacción de diversas revistas en España (*Cuadernos de Derecho y Comercio*, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, *Revista de Derecho de Sociedades*) y en el extranjero (*European Company and Financial Law Review*, *Rivista di Diritto societario*). jose.m.embid@uv.es

Código Mercantil, aprobado por el Gobierno español en 2015, que contiene una amplia y minuciosa regulación societaria. El trabajo expone los caracteres fundamentales de dicho texto y su posible relieve para la evolución futura del Derecho de sociedades.

Palabras claves: Derecho de sociedades español, reformas, evolución.

ABSTRACT

In our time is Company Law a remarkably unstable branch of Law. This situation is the outcome of a countless number of important legal reforms in everywhere. In spite of its integration in the realm of Private Law, the profound changes in contemporary Company Law are produced basically by the legislator. Spanish Company Law is a good example of this trend and the last contribution prepared to its modification is included in the preliminary Draft of Commercial Code, passed by the Spanish Government in 2015. The paper deals with the basic features of Draft's Companies regulation and its possible influence for the next evolution of Company Law.

Key words: Spanish company law, changes, evolution.

SUMARIO. I. Introducción: la vitalidad del Derecho de sociedades. A) El Derecho de sociedades y su contexto actual. B) Sentido y fin del presente estudio. II. La producción del Derecho de sociedades contemporáneo: el protagonismo del legislador y su influjo en la autonomía de la voluntad. A) Premisa. B) 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. A) La consolidación de la inestabilidad en el Derecho de sociedades. B) La inestabilidad de la sociedad individualmente considerada por el auge de las modificaciones estructurales. IV. La regulación de las sociedades en el Anteproyecto de Código Mercantil. A) Una cuestión previa: reforma plena y reforma parcial del Derecho español de sociedades. B) Consideraciones generales sobre el sentido y el alcance del ACM. C) La estabilidad normativa y la pretensión de totalidad como características previas de la regulación de las sociedades en el ACM. D) Los sujetos. 1. Las sociedades mercantiles. 2. Las uniones de empresas, con especial referencia a los grupos. E) La sistemática. V. El relieve del ACM para el ordenamiento español y para el Derecho de sociedades de nuestro tiempo (a modo de conclusión)³.

3 Abreviaturas empleadas: ACM, Anteproyecto de Código Mercantil; AcP, Archiv für die civilistische Praxis; ADF, Anuario de Derecho de Fundaciones; JZ, Juristenzeitung; LSC,

I. INTRODUCCIÓN: LA VITALIDAD DEL DERECHO DE SOCIEDADES

A. EL DERECHO DE SOCIEDADES Y SU CONTEXTO ACTUAL

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 siguiera de perfilar en un estudio inevitablemente sintético, como el presente. 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 bajo el que se agrupan estas reflexiones 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 objetivo principal del presente estudio habría de consistir, aunque parezca obvio, en reiterar no sólo la existencia, sino la conveniencia, del Derecho de sociedades como categoría jurídica autónoma. Esta afirmación puede parecer innecesaria además de perogrullesca, pues resulta difícil sostener, tanto en el ordenamiento jurídico español como en otras jurisdicciones, que el Derecho de sociedades, disciplina dotada en nuestro tiempo de una innegable vitalidad no exenta de elementos contradictorios⁴, 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 jurídicas, ha coqueteado con la idea contraria, postulando la banalidad del Derecho de sociedades e, incluso, su inevitable desaparición⁵. Dicha corriente, el análisis económico del Derecho, quizá no pretendía soste-

Ley de Sociedades de Capital; LMESM, Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles; PCM, Propuesta de Código Mercantil; PCSM, Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles; RAP, Revista de Administración Pública; RDM, Revista de Derecho Mercantil; Rev.Soc. Revue des Sociétés; Riv.Dir.Civ., Rivista di Diritto Civile; Riv.Dir.Comm., Rivista di Diritto Commerciale; Riv.Int.Fil.Dir., Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto; RRM, Reglamento del Registro Mercantil.

4 Al respecto, EMBID IRUJO, J.M., *Sobre el Derecho de sociedades de nuestro tiempo. Crisis económica y ordenamiento societario*, Granada, Comares, 2013.

5 Por muchos, HANSMANN, H./KRAAKMAN, R., "The End of History for Corporate Law", *Georgetown Law Journal*, 89 (2001), pp. 439 y ss.

ner 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, sobre todo en los que responden al modelo jurídico continental o de *civil law*⁶. De lo que se trataba, entonces, era de configurar un nuevo Derecho de sociedades, 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 "construc-

6 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 técnica tradicional. Da la impresión, por ello, de que se hace precisa una cierta autocrítica 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./ EMBID IRUJO, J.M. (dir.), FERRANDO VILLALBA, M^a L./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), pp. 10 y ss.

to" jurídico inestable que integra hoy en su seno perspectivas heterogéneas no siempre fáciles de conciliar⁷.

B. SENTIDO Y FIN DEL PRESENTE ESTUDIO

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 el reciente Anteproyecto de Código Mercantil (en adelante, ACM), divulgada en España el pasado año 2014 y sometida en este momento a informes y análisis de diversos organismos y entidades⁸. Se trata de un texto prelegislativo de la mayor importancia, pues, como su propio nombre indica, no sólo aspira a reformar el Derecho de sociedades sino el entero edificio del Derecho Mercantil español⁹. Restringiendo ahora nuestra atención a la nor-

7 Por muchos, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., "Desregulación, crisis sistémica y modernización del Derecho de sociedades", en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./ EMBID IRUJO, J.M./RECALDE CASTELLS, A./LEÓN SANZ, F. (dir.), *Liber Amicorum prof. José María Gondra Romero*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 175 y ss.

8 A finales del mes de enero del presente año 2015, se ha divulgado el Dictamen del Consejo de Estado –el más alto órgano consultivo del sistema institucional español– sobre el ACM. Este importante y amplio informe, de evacuación obligatoria si bien no vinculante para el Gobierno, pone de manifiesto algunos defectos del ACM que, a su juicio, requerirían importantes modificaciones. Se trata de asuntos de orden general, como el hecho de centrar el ámbito subjetivo del Código en una noción aparentemente imprecisa como la de "operador del mercado", así como la invasión de parcelas relativas a otras disciplinas jurídicas, como el Derecho civil, sobre todo en lo que se refiere a la regulación de las obligaciones y contratos, y el Derecho público. Las observaciones a la normativa societaria, aun siendo significativas, no alcanzan el relieve de las que se acaba de señalar.

9 En realidad, el ACM es continuación de la llamada "Propuesta de Código Mercantil" (en adelante, PCM), difundida por el Ministerio de Justicia de España el año 2013. No obstante

mativa societaria, debe señalarse en este momento introductorio, que el ACM representa, aun seguramente sin pretenderlo, una orientación no del todo coincidente con lo que viene siendo habitual en los últimos años a propósito del Derecho de sociedades: frente a una legislación detallada, de vigencia restringida, plasmada, por lo común, en la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC)¹⁰, el ACM *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 legislativo¹¹. Con independencia, por el momento, de la suerte que pueda correr el ACM, desde el punto de vista de su ulterior tramitación, 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

A. PREMISA

Uno de los elementos "externos" que circunda hoy el desarrollo del Derecho de sociedades es el protagonismo del legislador¹², bien nacional, en la mayoría de los casos, bien supranacional, como se pone de manifiesto, con especial relieve, en la Unión europea¹³. Esta idea, que puede parecernos, de nuevo,

esa continuidad, hay diferencias llamativas entre ambos textos, también en el Derecho de sociedades, cuya estructura sistemática se ha conservado, no obstante.

- 10 En vigor desde septiembre de 2010 y objeto de varias modificaciones desde entonces, la última y, seguramente, más importante ha sido llevada a cabo por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, promulgada con la finalidad de mejorar el gobierno corporativo.
- 11 Más adelante [cfr. infra IV A)] se aludirá a la existencia, si se quiere paradójica pero indudable, de dos procesos de reforma del Derecho de sociedades en España: de un lado, el que se pretende conseguir mediante la elaboración del ACM, y que bien podría denominarse "reforma plena", de otro, el que se lleva a cabo, de manera cotidiana, mediante sucesivas modificaciones de los textos legales más relevantes del Derecho de sociedades, sobre todo la LSC, y al que, por su circunstancialidad y carácter concreto, llamaremos "reforma parcial"
- 12 Más detalles en EMBID IRUJO, J.M., *Sobre el Derecho de sociedades de nuestro tiempo. Crisis económica y ordenamiento societario*, cit., pp. 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.
- 13 Para conseguir una información adecuada sobre el amplio y complejo Derecho europeo de sociedades, véase, por muchos, HABERSACK, M./VERSE, D., *Europäisches Gesellschaftsrecht. Eine Einführung für Studium und Praxis*, 4ª ed., München, Beck, 2011; más sintéticamente, EMBID IRUJO, J.M., "Pasado presente y futuro del Derecho de sociedades en la Unión europea", *Ius et Praxis*, 19-1 (2013), pp. 303 y ss.

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 preferente 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 sociedades¹⁴. 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 imperativas¹⁵.

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, tanto en el Derecho francés –donde se creó– como en el Derecho colombiano constituye, sin duda, el caso más relevante de las segundas, aunque con muchos matices que lo relativizan¹⁶, y la sociedad limitada nueva empresa puede ser, desde la

14 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 cuyo relieve, tanto en la realidad económica como social de los distintos países, es, sin duda, extraordinario.

15 Sirva, por muchos, la referencia a HANSMANN, H./KRAAKMAN, R., "The Contractualization of Organizational Law", en AA.VV., *Unternehmen, Markt und Verantwortung. Festschrift für Klaus J. Hopt*, I, Berlin, De Gruyter, 2010, págs. 747 y sigs. 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., *Regulating the Closed Corporation*, cit., p. 16), criterio éste más propio, eso sí, con matices, de la sociedad cerrada.

16 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; de entre la amplia bibliografía francesa, véase últimamente la síntesis de LE CANNU, P., "À propos des 20 ans de la SAS. Un cadre légal minimal", *Rev. Soc.*, 10 (2014), pp. 543 y ss. El éxito de esta figura en el Derecho colombiano bien merecería una atención especial que, por desgracia, aquí no se le puede prestar; para un

perspectiva del Derecho español, un buen exponente de las primeras¹⁷; en una línea intermedia podríamos situar las figuras de la sociedad limitada simplificada y la sociedad limitada de capital reducido, reguladas recientemente, con cierta inestabilidad, eso sí, en el Derecho italiano. 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 figuras¹⁸.

B. 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 necesaria utilización de formularios de estatutos sociales previamente redactados, con escasísimo margen de juego para la libertad contractual¹⁹. 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.

mejor conocimiento de esta modalidad societaria, véase, por muchos, REYES VILLAMIZAR, F., *La sociedad por acciones simplificada*, 3ª ed., Bogotá, Legis, 2013.

- 17 Por muchos, HIERRO ANIBARRO, S., "Sociedad Nueva Empresa", en URÍA, R./MENÉNDEZ, A./OLIVENCIA, M. (dirs.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, XIV-6º, Cizur Menor, Aranzadi, 2010. Conviene advertir que el ACM, siguiendo los pasos de la PCM, prescinde de esta figura, dado su escaso éxito en la práctica empresarial.
- 18 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, FERRI jr., G., "Recenti novità legislative in materia di società a responsabilità limitata", *ibidem*, pp. 415-423.
- 19 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./EMBED IRUJO, J.M. (dir.), FERRANDO VILLALBA, Mª L./MARTÍ MOYA, V. (coord.), *Crisis económica y responsabilidad en la empresa*, cit., pp. 65-70.

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 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")²⁰. 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 voluntad²¹.

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

A. 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

20 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.

21 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 arts. 530-535 LSC.

ocupa, como respecto de las sociedades, aisladamente consideradas. Hablar de estabilidad de una rama del ordenamiento, cualquiera sea 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 trate²². La idea de estabilidad, asociada, entre otros extremos, a la certeza del Derecho²³, 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 europea²⁴; 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 directivas, de necesaria implementación, sin que puedan descuidarse los reglamentos²⁵

22 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.

23 Desde una perspectiva general, últimamente, ALEXY, R., "Certeza del Diritto e correttezza", *Riv. Int. Fil. Dir.*, XCI-2 (2014), pp. 177 y ss. No está lejos de esta cuestión el relevante asunto de la "previsibilidad" del Derecho —o, si se quiere, su "calculabilidad"—, convertido en un elemento determinante de su relieve desde la perspectiva, sobre todo, del comportamiento de los ciudadanos. Los continuos cambios regulatorios, consustanciales a nuestro tiempo y de gran relieve en el Derecho de sociedades, constituyen un serio obstáculo a su previsibilidad, al diluir los perfiles de las concretas instituciones; al respecto, véase el sugestivo apunte de IRTI, N., "Calcolabilità weberiana e crisi delle fattispecie", *Riv. Dir. Civ.*, LX (2014), pp. 987 y ss.

24 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.

25 A pesar de la "hibernación" de los trabajos relativos a la sociedad privada europea; sobre esta figura, últimamente, HIRTE, H./TEICHMANN, C. (dir.), *The European Private Company-Societas Privata Europaea (SPE)*, Berlin, De Gruyter, 2013. La reciente propuesta de directiva sobre la *societas unius personae* parece ser, no obstante, el nuevo camino adoptado por la Unión europea a fin de llevar a la realidad normativa las ideas que inspiraron en su día la

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 conocida²⁶.

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 europeo²⁷. Mientras que la "construcción" del Derecho europeo de sociedades no implique la eliminación de los regímenes nacionales²⁸, 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, en demasiadas ocasiones, 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" ha terminado por ser una realidad incuestionable en numerosos países, entre los que se cuenta en España.

propuesta de reglamento sobre la sociedad privada europea; en este sentido, LECOURT, B., "La Societas Unius Personae. La nouvelle société unipersonnelle à responsabilité limitée proposée par la Commission européenne", *Rev. Soc.*, 12 (2014), pp. 699 y ss.

26 Para mayores detalles sobre este temario, EMBID IRUJO, J.M., *Sobre el Derecho de sociedades de nuestro tiempo. Crisis económica y ordenamiento societario*, cit., pp. 30 y ss.

27 Se daría 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.

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

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 ilustrativo²⁹, aunque el Derecho español no se queda atrás, con, por ejemplo, la todavía reciente "sociedad de responsabilidad limitada de formación sucesiva", regulada en la Ley de Emprendedores, de 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.

B. 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 práctica³⁰, 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, la propia crisis económica. Pero, a la vez, no cabe ignorar el relieve que, a tal

29 Véase supra II, B), y la bibliografía mencionada en nota 15.

30 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.

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 contemplen 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 (en adelante, LMESM)³¹. 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); en algunos ordenamientos, como el italiano, se llega incluso a admitir, como partes de estos procesos, a personas jurídicas no societarias, como las fundaciones³².

31 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.

32 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, M^a L., "La transformación heterogénea. Supuestos y regulación en el Derecho español", *ibídem*, pp. 25-81. Con carácter más genérico, véase ZOPPINI, A./MALTONI, M. (dir.), *La nuova disciplina delle associazioni e delle fondazioni. Riforma del Diritto societario e enti non profit*, Padova, Cedam, 2007.

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 intervengan³³.

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 –aunque no sólo por ellas–, 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 EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

A. UNA CUESTIÓN PREVIA: REFORMA PLENA Y REFORMA PARCIAL DEL DERECHO ESPAÑOL DE SOCIEDADES

Ya se ha aludido con anterioridad³⁴ al doble proceso de reforma que afecta en los últimos años al Derecho español de sociedades. De un lado, encontramos

33 Un resumen de estos criterios en EMBID IRUJO, J.M., *Sobre el Derecho de sociedades de nuestro tiempo. Crisis económica y ordenamiento societario*, cit., pp. 81 y ss.

34 Cfr. supra nota 6.

un ambicioso propósito de modificación legislativa al que puede denominarse "reforma plena", dado que con él se pretende transformar sustancialmente el conjunto de este importante sector del Derecho mercantil, terminando con la dispersión de sus fuentes reguladoras, así como con la diversidad e, incluso, oposición de sus criterios inspiradores. Se trata de una orientación no del todo reciente³⁵, que encuentra su concreción actual, precisamente, en el ya mencionado ACM, que será objeto de análisis en ulteriores epígrafes. Por la propia naturaleza de este texto, un documento prelegislativo, como resulta evidente, el proceso de reforma plena se encuentra lejos de su culminación, sin que quepa predecir, en este momento, cuándo pueda producirse.

Al mismo tiempo, de otro lado, hay que referirse a lo que hemos denominado la "reforma parcial", en la que, frente al carácter *in fieri* de la anterior, sí pueden individualizarse numerosas piezas legislativas de vigencia sucesiva, y referidas, por lo común, al ámbito de las sociedades de capital, sin perjuicio de algunas normas relativas a modalidades societarias especiales. Estas modificaciones normativas, además de venir impulsadas por el propósito de aliviar o superar los efectos de la crisis económica, han sido motivadas también por las propias exigencias jurídicas de la realidad societaria, necesitada de un régimen concreto y lo más completo posible, frente a la lentitud de la reforma plena. El receptáculo de este proceso de cambio legislativo ha sido, en el Derecho español, la LSC, cuya todavía corta vigencia no ha impedido que cayeran sobre su contenido diversas modificaciones de considerable relieve; algunas de ellas, como la llevada a cabo por la Ley 31/2014, ha traído consigo alteraciones relevantes en la tradicional fisonomía jurídica de las sociedades de capital³⁶, al tiempo que ha hecho posible la importación de instituciones foráneas, cuya capacidad innovadora se ha considerado conveniente para lograr mayor eficiencia y funcionalidad en el Derecho español³⁷.

35 Sin remontarnos demasiado en el tiempo, conviene decir ahora que, por lo que al Derecho de sociedades se refiere, el precedente del ACM es la ya citada PCSM, cuyas huellas pueden percibirse todavía en el texto de aquél.

36 Es el caso, por ejemplo, de la impugnación de acuerdos de la Junta general, en el sentido de restringir a través de diversos procedimientos (excluir determinados acuerdos de la impugnación; sustituir la legitimación individual del socio por una legitimación de la minoría, entre otros) la muy amplia posibilidad de control judicial existente con anterioridad. También debe mencionarse la minuciosa regulación de la sociedad cotizada, sobre todo en lo que atañe al consejo de administración, convirtiendo numerosas recomendaciones de los códigos de buen gobierno en normas imperativas. En otro orden de cosas, es de lamentar que todavía no pueda disponerse de bibliografía concreta sobre las modificaciones llevadas a cabo por la Ley 31/2014, aunque se encuentran *in itinere* diversas obras colectivas.

37 Puede mencionarse, en este punto, la protección de la discrecionalidad empresarial (art. 226 LSC), que constituye una suerte de "trasplante" al Derecho español de la llamada *Business Judgment Rule*, tradicional del Derecho de Estados Unidos y objeto de regulación expresa en otros ordenamientos, como el alemán.

El paralelismo de ambos procesos de reforma, por lo que se refiere al presente siglo, se ha quebrado, al menos, en parte, muy recientemente, gracias a la ya citada Ley 31/2014. En efecto, esta pieza legislativa, además de modificar el contenido de la LSC, dando un nuevo impulso a la reforma parcial, ha cambiado, asimismo, el contenido del ACM, reorientando de manera significativa algunos de sus iniciales criterios de política jurídica.

B. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL SENTIDO Y EL ALCANCE DEL ACM

En este contexto, de continuas y diversas modificaciones legislativas, llegamos al ACM, 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 reiterar 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 prelegislativo³⁸. Puede decirse, en todo caso, que con el ACM 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, el ACM, un intento de codificación en época poco propicia para tal tarea³⁹, constituye, entre otros extremos, un ejemplo más de la

38 Dada la cercanía de su presentación pública, no existe todavía un cuerpo de doctrina suficiente sobre tan importante texto. Buena parte de los trabajos publicados en torno al ACM constituyen, meramente, aproximaciones, bien generales, bien relativas a alguna de las instituciones en ella reguladas, sobre todo en el contexto de la PCM a la que el ACM ha venido a sustituir (véase *supra* nota 6); entre las primeras, cabe remitir a las consideraciones expuestas por BERCOVITZ, A., "La propuesta de Código Mercantil de la Comisión General de Codificación", *RDM*, 289 (2013), pp. 35 y ss., y entre las segundas a la serie de trabajos que publica desde hace algunos meses la propia *RDM*. Últimamente, BERCOVITZ, A. (dir.), *Hacia un nuevo Código Mercantil*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014.

39 Quizá esta frase sea más adecuada para describir la situación inmediatamente anterior a la presente, dado que en los últimos tiempos no faltan intentos, algunos logrados (como el reciente Código Civil y Comercial de la República Argentina), por mantener la técnica codificadora en el ámbito del Derecho privado. Es verdad, no obstante, que los nuevos códigos, en su caso, no podrán pretender la estabilidad e intangibilidad características de sus precedentes decimonónicos, a los que, con todo, la intensa evolución del pasado siglo afectó hondamente. En algunos casos, como el, todavía vigente, Código de comercio español (de 1885), las numerosas modificaciones de su contenido, llevadas a cabo desde

tendencia generalizadora de la legislación mercantil, bien perceptible desde la etapa codificadora decimonónica. 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 el ACM de esta amplia figura, no obstante sus contornos imprecisos⁴⁰, 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 mercantil⁴¹.

Al margen ahora de tan relevante asunto, que pone de manifiesto la ambición, no sólo teórica, de los autores del ACM⁴², 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 del ACM, 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. Pero en su contenido también han influido, de manera significativa, algunas reformas parciales que en los últimos años se han

el último tercio del siglo XX, lo han convertido en un texto claramente insuficiente para lograr su función esencial, esto es abarcar y regular el entero Derecho Mercantil.

40 Y, por ello mismo, objeto de valoraciones encontradas, al respecto, OLIVENCIA M., "El título preliminar de la Propuesta de Código Mercantil", *RDM*, 290 (2013), pp. 18-21, y GONDRA, J. M^a, "La deconstrucción del concepto del Derecho Mercantil en aras de la unidad de mercado", *ibidem*, pp. 33-35.

41 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, J.M., "Mercado y Empresa ante el Derecho Mercantil (apuntes provisionales en el marco de la crisis económica)", en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./EMBID IRUJO, J.M./RECALDE CASTELLS, A./LEÓN SANZ, F. (dir.), *Liber Amicorum prof. José María Gondra Romero*, cit., pp. 145 y ss.

42 Que otorga un cierto liderazgo al Derecho español, no obstante el carácter prelegislativo del ACM, en el contexto de la normativa mercantil europea.

adueñado del panorama legislativo español en materia de sociedades, sobre todo por lo que se refiere a las de naturaleza capitalista.

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 el ACM; nos limitaremos, por ello, a mostrar algunos de sus principales rasgos diferenciadores, a fin de apreciar su significado en nuestra época y, al mismo tiempo, su relieve en la configuración concreta del Derecho español de sociedades.

C. LA ESTABILIDAD NORMATIVA Y LA PRETENSIÓN DE TOTALIDAD COMO CARACTERÍSTICAS PREVIAS DE LA REGULACIÓN DE LAS SOCIEDADES EN EL ACM

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, el ACM 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 el ACM. Tal constatación adquiere un significado de especial importancia si se recuerda la "voluntad de provisionabilidad", con la que se promulgó la 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 legis-

lativa", que la LSC ni pretendía ni ha conseguido eliminar, tras su ya más de tres años de vigencia⁴³.

Ese "cuerpo legal unitario" lo constituye hoy el ACM, no limitado, como sabemos, al tratamiento exclusivo del Derecho de sociedades, pero sí dotado 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 el ACM 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 el ACM, lleva de la mano el propósito de acoger con plenitud la normativa relevante para dichas personas jurídicas. Esta pretensión de totalidad 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 el ACM, 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 el ACM⁴⁴.

43 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./BELTRÁN, E. (dir.), *Comentario a la Ley de sociedades de capital*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, y EMBID IRUJO, J.M. (dir.), FERRANDO VILLALBA, M^a L./MARTÍ MOYA, V. (coord.), *Introducción al Derecho de sociedades de capital*, Madrid, Marcial Pons, 2013. Estas obras, con todo, habrán de ser actualizadas para acoger las muchas novedades contenidas en la última reforma de la LSC, llevada a cabo, como se ha dicho repetidamente en el texto, por la Ley 31/2014.

44 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 or-

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 el ACM. 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 ACM; su destino "natural" sería, entonces, el RRM, cuya actualización normativa, para conseguir su adecuación al contenido del ACM, 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 el ACM, como lo ha sido ya en la LSC, sin que baste, a tal efecto, con las referencias que hayan de contenerse, en su caso, dentro del RRM. No es este el caso, como ya sabemos, de la importante reforma de la LSC que ha traído consigo la Ley 31/2014, pues su contenido se ha traspasado íntegramente al ACM, en una operación singular, desde el punto de vista de la técnica legislativa, y de considerable importancia, en atención al relieve práctico de las sociedades de capital.

Tampoco se opone a la pretensión de totalidad, característica, como estamos viendo, del ACM, el hecho de que, al margen de su contenido, se mantengan en vigor numerosas normas relativas a tipos o figuras especiales de sociedades. Aunque el propio ACM manifiesta una evidente *vis atrattiva* 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 (mediante la Ley 2/2007, de 15 de marzo⁴⁵) no ha impedido –más

denamiento 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.

45 De entre la amplia bibliografía relativa a esta singular modalidad societaria, véase, por muchos, SÁNCHEZ RUIZ, M. (coord.), *Las sociedades profesionales. Estudios sobre la Ley 2/2007, de 15 de marzo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2012.

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 doctrina⁴⁶. Pero el hecho de que cierta porción de legislación societaria quede fuera del ACM 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.

D. LOS SUJETOS

1. Las sociedades mercantiles

El carácter expansivo que, de acuerdo con su pretensión de totalidad, acabamos de atribuir a la disciplina societaria contenida en el ACM 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 el ACM (art. 211-1) 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 el ACM ha optado por dilatar las fronteras del Derecho de sociedades mercantiles, aunque haya, sin duda, sólidos argumentos a su favor, si se tiene en cuenta, además, 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 el ACM, ya que, como oportunamente advierte dicho texto (art. 211-2, 2º), “las normas propias de cada tipo social prevalecerán sobre las comunes a toda clase de sociedades mercantiles”. 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 ordenamientos⁴⁷. Como es bien sabido, la

46 Que el Borrador de RRM al que se alude en la nota 41 se ocupe de la inscripción de dichas sociedades, aunque el ACM 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 el ACM, pues, de ser así, sobra el propio RRM.

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

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, además de por una ley de ámbito estatal, por las correspondientes leyes de casi todas las Comunidades Autónomas. A pesar de que, como es natural, el ámbito de vigencia de estas últimas leyes 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. Y ello, desde luego, porque carece de cualquier tipo de paralelismo en Europa, pero también porque reduce de manera significativa las posibilidades operativas en el mercado de las sociedades cooperativas.

Son, con todo, circunstancias de orden político las que, hasta la fecha, han impedido buscar una solución razonable al problema. Una 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 art. 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 el ACM, de alcance no plenamente determinado, a la inversa de lo que sucedería con 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 el ACM.

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

Además de ampliar el perímetro de las sociedades mercantiles, el ACM, 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 (art. 292 1-17), y de las uniones temporales de empresas, en las que se adivinan algunas novedades frente a su tratamiento tradicional (art. 293 1-7), es la referencia a los grupos (art. 291 1-19) la que suscita mayor interés en este apartado de el ACM⁴⁸. Aunque se aprecian diversas influencias en el régimen establecido, no puede decirse que la regulación de los grupos contenida en el ACM se alinee nítidamente 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 el ACM de la doctrina de las "ventajas compensatorias"⁴⁹. 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 matizaciones⁵⁰.

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 aludidas⁵¹, podrían calificarse de "grupos heterogéneos"; en tales fenómenos empresariales, a los problemas habituales de los grupos se suman ahora los relativos a la forma

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

49 Por muchos, TOMBARI, U., *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, Giuffrè, 2010; más sintéticamente, GUIZZI, G., en ABRIANI, N. et alii, *Derecho italiano de sociedades (Manual breve)*, trad. esp., Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 409 y ss.

50 Alrededor de estas cuestiones, nos permitimos remitir al lector a nuestros trabajos "Ante la regulación de los grupos de sociedades en España", *RDM*, 284 (2012), pp. 25 y ss., y "Los grupos de sociedades en la Propuesta de Código Mercantil", *RDM*, 290 (2013), pp. y ss.; compara el tratamiento de los grupos en España y Colombia, CUBILLOS GARZÓN, C., *Sobre el allanamiento de la personalidad jurídica al interior de los grupos societarios*, tesis doctoral, Universidad de Valencia, 2014.

51 Véase supra III, B).

de conjugar más adecuadamente 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 el ACM, para conseguir un régimen de los grupos auténticamente adecuado a su compleja realidad⁵².

E. LA SISTEMÁTICA

No puede decirse que la mayor novedad del ACM, 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 (sobre todo, de la LSC), 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 del ACM 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 del ACM, 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, la existencia de diversas "partes generales", lo que pone de manifiesto, en principio, la intensidad del esfuerzo sistemático llevado a cabo por los autores del ACM. 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 tradicio-

52 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, J.M., "La inserción de una fundación en un grupo de empresas: problemas jurídicos", *RDM*, 278 (2010), pp. 1373 y ss.

nalmente 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 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 *tercera parte general*, 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 el ACM.

Una vez concluida la parte general relativa a las sociedades de capital, el ACM 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 ellas⁵³.

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 del ACM 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 –dotada de un régimen cada vez más amplio y singular- 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 del ACM, es, casi siempre, la normativa de la sociedad anónima el hilo conductor subyacente 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 limitada⁵⁴.

53 Se echa en falta, con todo, una reflexión de mayor alcance en el ACM 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, el ACM 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 en el Derecho español de sociedades. Allí se venía a formular, frente a lo que, tradicionalmente, se consideraba por la doctrina española, una suerte de modelo dualista, gracias, de un lado, a la consolidación de la sociedad cotizada como figura autónoma (criterio acentuado, por otra parte, en la Ley 31/2014), y, de otro, al mantenimiento, como realidad contrapuesta (en un sentido institucional, pero también de régimen jurídico), de la sociedad cerrada. Esta cuestión, verdaderamente central en el Derecho de sociedades, resulta merecedora de una reflexión más profunda en el ACM, 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.

54 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

V. EL RELIEVE DEL ACM 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 el ACM, 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 Mercantil⁵⁵. 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

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.

- 55 Para apreciar en su justa medida lo que significa un código, como instrumento de técnica legislativa, a la altura de la época presente, resulta necesario evitar el paralelismo con la codificación decimonónica, todavía eficaz, aunque de manera limitada, en numerosos países. No se dispone hoy de una concepción del mundo jurídico equivalente que rodee a estas piezas normativas, los códigos, de la aureola de prestigio, de autosuficiencia y de intangibilidad que les caracterizó durante la etapa dorada de la codificación. No debe esperarse, por ello, que el ACM, caso de que se convierta en ley, mantenga la integridad de su contenido por mucho tiempo; con todo, la posibilidad de que se reforme con relativa frecuencia (supuesto facilitado por la numeración de su articulado, frente al criterio tradicional) no impide afirmar que, gracias a él, el Derecho Mercantil, así como, en particular, el Derecho de sociedades, se verán rodeados de una más intensa *continuidad*, evitando las alteraciones sucesivas y las consiguientes contradicciones, de política jurídica y de política legislativa, a que da lugar el actual proceso de permanente reforma legislativa. Para apreciar las diferencias existentes entre los códigos decimonónicos y los actuales, es útil la consulta de TOMÁS Y VALIENTE, F., "La codificación, de utopía a técnica vulgarizada", en el libro del autor *Códigos y Constituciones*, Madrid, Alianza Universidad, 1989, pp. 111 y ss. De igual interés, asimismo, GROSSI, P., "Códigos: algunas conclusiones entre milenios", en la obra del autor *Mitología jurídica de la modernidad*, (trad. esp. de Manuel Martínez Neira), Madrid, Trotta, 2003, pp. 67 y ss.

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 el ACM 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 el ACM se convierta en norma vigente, lo que no resulta tarea fácil, al menos en un período breve de tiempo. Y no debe ignorarse, al mismo tiempo, el hecho de que la disciplina societaria contenida en el ACM 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 economicista⁵⁶.

Pero es que, por último, la utilidad y conveniencia de una regulación societaria como la contenida en el ACM 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

56 A la hora de hacer posible una construcción técnica del Derecho de sociedades adecuada a las exigencias del tiempo presente no basta, aun siendo estrictamente necesaria, con la contribución del Derecho positivo; hace falta, al mismo tiempo, una continua labor de renovación metodológica, que sea capaz de asumir el alto valor de las ideas consolidadas en el pasado y las aplique, con las necesarias adaptaciones, a la realidad actual. No ha abundado en los últimos años esta perspectiva entre los juristas, lo que ha dado pie a la generalización del análisis económico del Derecho, una metodología no propiamente jurídica. Sin perjuicio del reajuste de esta última perspectiva [al respecto, DOMÉNECH, G., "Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho", *RAP*, 195 (2014), pp. 99 y sigs.], es oportuno remitir al lector a los trabajos metodológicos que contemplan, con mayor o menor extensión, las circunstancias del Derecho de sociedades; entre ellos, recientemente, STÜRNER, R., "Die Zivilrechtswissenschaft und ihre Methodik –zu rechtsanwendungsbezogen und zu wenig grundlagenorientiert? *AcP*, núm. 214, 2014, pp. 7 y ss. y MÜLBERT, P., "Einheit der Methodenlehre? Allgemeines Zivilrecht und Gesellschaftsrecht im Vergleich", *ibidem*, pp. 188 y ss.

a las sociedades de capital) no sólo la inspiración sino también los detalles específicos del régimen que se ha terminado por implantar⁵⁷.

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. El ACM 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 ello⁵⁸.

57 La cuestión no sólo afecta, como podría parecer lógico o, mejor, inevitable, a la fundación que intervenga en la vida empresarial, bien directamente, bien a través de su participación en sociedades mercantiles, sino que se extiende a todas las modalidades de esta singular persona jurídica, cuya conversión en auténticos operadores del mercado se va aceptando progresivamente. Sobre estos temas, véase, entre otros, EMBID IRUJO, J.M., "Empresa y fundación en el ordenamiento jurídico español (la fundación empresaria)", *ADF*, 2010, pp. 16 y ss.

58 El balance, no especialmente positivo, que se deduce del reciente dictamen emitido por el Consejo de Estado sobre el ACM (cfr. supra nota 5) representa —es necesario decirlo— un serio inconveniente para la continuidad de su tramitación. Además de otros condicionamientos diversos, de signo político, particularmente, la suerte del ACM, tal y como se encuentra concebido en el momento presente, no puede desprenderse de la impresión crítica derivada de dicho dictamen, como consecuencia, esencialmente, de la especial autoridad de que está revestido el Consejo de Estado.