
El derecho español de sociedades y la Europa Comunitaria.

Una reflexión sobre los cambios en el ordenamiento de las sociedades mercantiles

Una verdadera Comunidad Europea exige la creación de un «Mercado Común de Sociedades».

Por José Paniagua Gil *

I. TIEMPOS DE CAMBIO

Nunca ha sido tan vehemente ni tan legítimo el sentimiento de estar viviendo un cambio sin precedentes. El hombre de hoy está sumergido en un torbellino de transformaciones que alcanza a todos los dominios del espíritu, aunque a veces nos resistamos a las nuevas evidencias, apegados a los viejos hábitos del pensamiento, o nos desconcertemos al no encontrar su sentido.

En el mundo de lo jurídico, estos cambios se han producido con vertiginosa aceleración. Hoy nos parece pueril que se llegara a pensar en algún momento que pudieran existir leyes y principios «permanentes e inaltera-

* Profesor de la Facultad de C.E. y Empresariales de Córdoba (ETEA).

José Paniagua Gil

bles». Como ha dicho Roscoe Pound, «... las instituciones legales no son; se hacen o, mejor, se hicieron alguna vez y se siguen haciendo ahora» (1).

Los cambios en Derecho mercantil han sido particularmente rápidos y especialmente profundos, ya que han afectado a sus instituciones medulares. El paso de una economía tradicional a otra economía desarrollada, la intensificación creciente de los intercambios internacionales, la adaptación de las empresas a un mercado siempre cambiante, el progresivo intervencionismo estatal, o el movimiento ascensional de la socialización, son, entre otros, los nuevos hechos que dejan sentir su poderoso influjo en el ámbito de lo jurídico. Dentro de ese ámbito y en el espacio que constituye el ordenamiento de las sociedades, que es de lo que vamos a tratar, se venían produciendo en las naciones más cercanas a la nuestra, sustanciales transformaciones que nos eran desconocidas o poseían un sentido opuesto al predominante entre nosotros.

En el año 1972, Pieter Sanders, decano de la Facultad de Derecho de Rotterdam, autor del Proyecto de Estatuto para la Sociedad Anónima Europea (1967), escribió un libro que tituló: «¿Quo vadis ius Societatum?», en el que establecía las líneas maestras por donde discurrían las nuevas corrientes jurídicas societarias. Estas corrientes postulaban una protección enérgica de los diversos derechos e intereses implicados, mediante la instauración de medidas de diversa naturaleza, como una mayor transparencia informativa a través del Registro Mercantil; previsiones sobre defensa del capital social, que también atiendan al interés social de conservación de la empresa en situaciones de crisis (2); el establecimiento de una rigurosa disciplina contable en la elaboración de las cuentas anuales, —extensiva a las cuentas consolidadas de los grupos de sociedades—, y su verificación por auditores externos e independientes; la introducción de mecanismos compensadores del excesivo poder de los administradores, etcétera.

Referirse a la reforma del Derecho de sociedades es hablar de la reforma de la más universal de las sociedades mercantiles; la Sociedad anónima. La razón está en que las sociedades colectiva y comanditaria han sido relegadas en la vida económica a un segundo plano, si es que no han caído en desuso. Por otro lado, la regulación de la Sociedad de Responsabilidad limitada está en función de la que se haga de la Sociedad Anónima. Son dos sociedades entre las que hay que establecer una «convi-

(1) «Interpretations of legal history». University Press of Cambridge. 1923, pág. 151.

(2) El interés público reclama que la empresa no desaparezca cuando sobrevenga una crisis. Los Derechos concursales modernos tienden a que la insolvencia no acabe con la empresa, sino todo lo contrario; que la empresa acabe con la insolvencia. V. Olivencia Ruiz, «El Derecho concursal. Nuevas Orientaciones y perspectivas de reforma», Madrid, 1979.

El derecho español de sociedades y la Europa Comunitaria

vencia» sobre la base de un ajuste entre dichas formas sociales y las dimensiones de las empresas que bajo ellas se cobijan.

De otra parte, cualquier cambio que se efectúe en esta sociedad, nunca será el último. La Sociedad Anónima se sigue «haciendo», está en perpetua evolución. Es, como dice Garrigues, una especie de «perpetuum mobile», que posee una estructura jurídica de gran flexibilidad y sentido de la acomodación a las más diversas situaciones de la realidad económica y social. Entre otras cosas, ya no se puede decir de ella que es el instrumento predilecto del capitalismo. Hay una fuerte tendencia socializadora y de intervención del Estado, el que, además, acude a esta forma jurídica para organizar empresas de capital pública. Sus posibilidades de acomodación la han convertido en un instrumento de la «perestroika». En efecto, recientemente la prensa diaria nos ha dado cuenta de que los Ministros de Economía de las dos Alemanias, Helmut Hausmann y Gerhard Pohl, están de acuerdo en acelerar la privatización del sector público de la RDA, y han decidido la conversión de sus empresas en Sociedades Anónimas. El número de empresas a convertir alcanza la considerable cifra de 8.000.

II. EL REFORMISMO ESPAÑOL Y SUS PROBLEMAS

A) El Derecho español de sociedades desconectado de la realidad económica y social

Como ha dicho el profesor Garrigues (3), «los juristas responden siempre de manera tardía al reto de la economía. Cuando los hombres desenvuelven una actividad económica, entran inmediatamente en contacto con las normas jurídicas, y es misión del jurista el conformar los nuevos hechos económicos a los esquemas jurídicos tradicionales, si ello es posible, o a otros inéditos, si no lo es». Sin embargo, ante el vacío normativo, con harta frecuencia se han producido prácticas e interpretaciones abusivas, desviadas o contradictorias con la esencia y funcionabilidad de las instituciones.

El Derecho de sociedades contenido en nuestro vetusto Código de comercio, que en 1.º de enero de 1986 cumplió cien años de vigencia (?), estaba inspirado, como es sabido, en las ideas del liberalismo económico y era absolutamente inhibicionista. Sus redactores, al enfrentarse con la regulación de las sociedades mercantiles, entendieron que la mejor postura a adoptar era la de cruzarse de brazos y abstenerse de hacerlo cuando ya, en los países más próximos al nuestro, estaban apareciendo una serie de normas de corte imperativo y reductoras de la autoregulación estatu-

(3) «Setenta y cinco años de Derecho Mercantil». Publicado en el Libro-Homenaje al profesor Antonio Polo. Edt. Rev. de Derecho Privado, 1981.

José Paniagua Gil

taria. Recordemos, por ejemplo, que la institución de la reserva legal en la Sociedad Anónima, que se introdujo en una Ley francesa de 1867, era desconocida en nuestro ordenamiento hasta que fue establecida en una Ley de 19 de septiembre de 1942. Hasta un Decreto de 7 de noviembre de 1947 no se estableció la convocatoria con carácter obligatorio de la Junta General de accionistas, por lo menos una vez al año, sin que los socios tuvieran poder alguno de convocatoria. Se ignoraba prácticamente el derecho de información y cualquier tipo de verificación o censura de cuentas. La ausencia de normas dio nacimiento a prácticas contradictorias, como las acciones de voto plural; o la concesión de acciones de fundador a quienes no habían fundado nada; o abusivas, como la que hacía posible la creación de una sociedad anónima sin suscribir todo el capital o sin efectuar desembolso alguno.

El «Derecho vivo» de las Sociedades Anónimas había producido un desplazamiento del poder desde la Junta General al Consejo de Administración y, desde éste, hacia expertos en quienes no concurría la condición de administradores, ni aun la de socios («outsider director»), pero que poseían las técnicas de gestión y una información más completa y adecuada (4). Como es sabido, una de las preocupaciones del moderno legislador es la de crear mecanismos reductores de ese poder. Nuestro Derecho «legislado» era por completo ajeno a semejantes preocupaciones. Realmente, el Derecho de Sociedades anterior a las leyes de las Anónimas de 1951 y de Responsabilidad limitada de 1953, «ya no era de este mundo».

B) Los impulsos reformistas

Pasado algún tiempo desde la publicación del Código de Comercio de 1885, comenzó a manifestarse la insatisfacción de los juristas por tan escasas e inadecuadas normas reguladoras de las sociedades mercantiles. Mas esta insatisfacción tardó bastante en cristalizar en un Proyecto concreto de reforma. En el año 1926 elaboró uno la Comisión General de Codificación, en el que se introducían, con carácter imperativo, algunas reglas de protección de socios y acreedores, hasta entonces casi desconocidas. Las duras críticas a que fue sometido y la presión de los grupos empresariales y financieros, frustraron el propósito de convertirlo en Ley. Las Sociedades mercantiles seguirían disfrutando de su libérrima autorregulación estatutaria por mucho tiempo.

En el año 1947, por encargo del Gobierno, el desaparecido Instituto

(4) «Los cambios de la reforma de la empresa». Conferencia pronunciada por J. Garrigues en 25 de mayo de 1976. Publicada en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia. N.º 1.065.

El derecho español de sociedades y la Europa Comunitaria

de Estudios Políticos, elaboró un Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas en el que, por primera vez, se aborda el problema de coordinar las formas sociales con las dimensiones empresariales, al exigir para la Sociedad Anónima un capital mínimo de 5.000.000 de pesetas. Tras someterse a información pública, con algunas variaciones, entre ellas la supresión del capital mínimo, se convirtió en la Ley, hasta hace poco vigente, de 17 de julio de 1951. Esta Ley significó, a no dudarlo, un avance enorme para su época, dado el vacío normativo existente y, además, desde un punto de vista técnico, fue justamente elogiada; pero no sincronizó totalmente con la realidad social de su tiempo. Protegía, es cierto, los derechos de los socios y terceros, pero no con la suficiente decisión (5). Además, al no determinar bien sus límites, hizo que se acogieran a esta forma social, desde las grandes empresas capitalistas, con acciones cotizadas en Bolsa, hasta otras minúsculas, más o menos familiares, cerradas y dominadas por el «*intuitus personae*» e, incluso, sociedades de un solo socio.

El aliento reformista no cesó con la publicación de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951. Al contrario, se reforzó, empujado por los nuevos acontecimientos que se estaban produciendo en Europa. En efecto, unos meses antes de la publicación de esa Ley, —el 18 de abril de 1951— se firmó el Tratado que instituía la primera de las Comunidades Europeas, la del Carbón y del Acero, que inauguró el largo camino de la construcción de lo que llamamos la Europa Comunitaria. Seis años más tarde, en 25 de marzo de 1957, se crea la Comunidad Económica Europea por el Tratado de Roma, en cuyos artículos 54, 58 y 220, con motivo de la instauración de la «libertad de establecimiento», se aludía a la necesidad, mediante el empleo de mecanismos especiales, de coordinar y aproximar ciertos aspectos de las legislaciones comunitarias, con objeto de hacer equivalentes las garantías que se exigen en los Estados miembros a las Sociedades, en orden a la protección de los intereses de los socios y de los terceros.

Según declaraciones expresas de la Comisión, una verdadera Comunidad Europea exige la creación de un «Mercado Común de Sociedades».

Y ello por una clara y rotunda razón; puesto que la mayor parte de la actividad de producción de bienes y servicios de la CEE está en manos de operadores económicos bajo la forma jurídica de sociedades, tiene una gran repercusión en el funcionamiento del Mercado Común el mayor o

(5) La Exposición de Motivos de la Ley justificaba la introducción de normas imperativas en la regulación de la S. Anónima basándose en la existencia del privilegio de la responsabilidad limitada y en la ingente masa de ahorro que se canaliza en forma de acciones, aunque fuera «justo reconocer que, a causa del ambiente de honestidad en que generalmente se desenvuelve la vida de los negocios en España, esta insólita libertad de que gozaron hasta hoy los fundadores, no ha producido graves escándalos...»

José Paniagua Gil

menor grado de adaptación de las empresas al nuevo espacio económico y las diferencias del régimen jurídico de éstas. El objetivo está, por tanto, en conseguir que, en una economía tan progresivamente cohesionada e interdependiente, como la que se crea en el interior del Mercado Común, los agentes económicos operen en la confianza de que los ordenamientos de los países miembros poseen unas garantías semejantes de los intereses de los socios, los acreedores y los trabajadores.

La aspiración de España de integrarse en la Europa comunitaria dio un nuevo rumbo a los impulsos reformistas del Derecho de sociedades, iniciándose en el seno de la Comisión de Codificación los trabajos correspondientes, en los que imperó el deseo de acomodar nuestra legislación a las Directivas comunitarias, sin perjuicio de corregir algunos defectos o lagunas de la Ley de 1951, que la doctrina mercantilista y la jurisprudencia habían puesto de manifiesto. El fruto de esos trabajos fue el Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas de 20 de diciembre de 1978. Introducía sustanciales novedades y cambios, entre los que destacan: la exigencia de un capital mínimo (cinco millones de pesetas); las acciones sin voto (6); la regulación de la escisión; la exigencia de justificar las aportaciones dinerarias (7); un nuevo régimen de administración social, dando entrada a un sistema dualista (Consejo de Administración y Consejo de Vigilancia, de corte germánico); un nuevo ordenamiento contable; la supresión de la verificación fundada en la figura de los accionistas-censores de cuentas; el establecimiento de algunas normas sobre grupos de sociedades y de participaciones recíprocas.

Este Anteproyecto sirvió de modelo a otro redactado en 1987 —cuando ya España se había integrado en la Europa Comunitaria—, por la Comisión General de Codificación. Fue ampliamente divulgado y representó,

(6) Las acciones sin voto han sido introducidas en el nuevo ordenamiento de la S. Anónima, aunque no constituía una exigencia del derecho comunitario. Representa el reconocimiento de un hecho, al que trata de ajustarse la norma: el de la existencia de dos clases de accionistas; unos, a los que los mueve primordialmente el estímulo del poder (acciones de mando o control), y otros, que sólo pretenden el efectuar una inversión productiva (acciones de inversión, capital de ahorro). A estos, a cambio de privarles del voto, se les conceden determinados beneficios económicos. V. artículos 90 y sgtes. del TRLSA. Ignoramos el éxito que este tipo de acciones tendrá en la vida económica española. En Alemania e Italia, donde también se introdujeron, no han tenido mucha aceptación.

(7) En las escrituras de constitución de S. Anónimas se hacía constar respecto de las aportaciones dinerarias que «se habían ingresado en la Caja social», sin más justificaciones. En la nueva ley se exigen en el art. 22,2 del TRLSA. Sin embargo, no se ha establecido la misma medida en la Sociedades de Responsabilidad limitada y en las Comanditarias por acciones, como hubiese sido lógico. La Ley reguladora de las primeras, de 17 de julio de 1953, suprimió un precepto del Proyecto (el art. 5) que disponía que debía acreditarse la aportación dineraria «mediante el resguardo del depósito bancario de los fondos hechos a nombre de la sociedad». V. «La falta de desembolso íntegro del capital social en la SRL». Luis Carlon. Libro Homenaje citado, pág. 97 y «Nueva legislación de SA y SRL. Comentarios prácticos y formularios». Edt. «La Ley» 1990 M. Clavero Blanc y J. Periel.

El derecho español de sociedades y la Europa Comunitaria

sin duda, una excelente aportación para la modernización de nuestro Derecho de Sociedades, aunque tampoco faltaron las críticas de los mercantilistas (8). Estas censuras dejaron sentir su influjo en los círculos ministeriales, y la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, encomendó en el verano de 1987, no a la Comisión General de Codificación, sino a un grupo de profesores, presididos por Angel Rojo, la revisión del mencionado Anteproyecto. Una vez concluida la revisión, no obstante considerarse un documento secreto, fue «filtrado» a las organizaciones empresariales y financieras, que emprendieron una campaña de censuras que rebasó los ámbitos profesionales y saltaron a la prensa diaria (9). El Anteproyecto revisado se convirtió, con algunos retoques, en Proyecto del Gobierno y, tras algunas variaciones introducidas en el Senado, se convirtió en la Ley 19/1989, de 25 de julio, «de Reforma parcial y Adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de Sociedades Mercantiles». Aunque en principio parece que se refiere sólo a las Sociedades Mercantiles, en la realidad constituye un «totum revolutum», cuyo contenido rebasa ampliamente su enunciado. Tiene normas, en efecto, que se refieren a las sociedades (de Responsabilidad limitada, Comanditaria por acciones, anónima laboral, Mutualidades y Cooperativas de seguros y, sobre todo, y en mayor medida, a la Sociedad anónima), pero hay otras que afectan al Mercado de Valores, a la contabilidad de los empresarios, tanto individuales como sociales, a los Agentes Colegiados, al Registro Mercantil y a la Ley de Arrendamientos Urbanos.

III. LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS, NUEVOS CIMIENTOS DE NUESTRO DERECHO DE SOCIEDADES

Al integrarse España en la Europa Comunitaria en 1.º de enero de 1986, justamente cuando se conmemoraba los cien años de vigencia de nues-

(8) V. Beltran. «Hacia un nuevo Derecho de las Sociedades Anónimas». Rev. de Derecho Cambiario y Bursátil, n.º 30, abril-junio de 1988. Pág. 336.

(9) El «ABC» (28 de febrero de 1988) decía en una Editorial: «... establece (el Anteproyecto) principios de intervención del Estado en la vida de las empresas ajenos absolutamente, e incluso antagónicos con la idea de libertad económica y democracia política animadoras de la CEE e inspiradoras del Tratado de Roma». El diario «YA» (18 de marzo de 1988), con el título, «Una reforma preocupante» decía: «La elevación de la cifra de capital social hasta diez millones de pesetas en las Sociedades Anónimas es una novedad innecesaria y tendrá un elevado coste para miles de medianas empresas...», añadiendo a continuación: «Por otra parte, la obsesión por la protección de las minorías, cuyas facultades y posibilidades de actuación se refuerzan, tanto en las Juntas Generales como ante los administradores, unida a la desconfianza en la gestión de éstos, visible en el Proyecto a través del aumento de su responsabilidad y de las drásticas limitaciones que imponen al mecanismo de representación de los accionistas en la Junta, puede crear graves dificultades y posibilitar el ejercicio de acciones desleales». Una aplicación «Ranking», decía que, después de la reforma, las Sociedades Anónimas debían llamarse «seudónimas»...

José Paniagua Gil

tro Código de Comercio, de modo directo e inmediato se incorporaron a nuestro ordenamiento interno las normas de Derecho Comunitario originario (Los Tratados y sus Anexos y Protocolos), así como una parte del derecho derivado (Reglamentos), elaborado posteriormente por los órganos comunitarios. Las Otras normas derivadas (las Directivas), dada su peculiar naturaleza, no obligan de manera directa e inmediata, sino una vez que su incorporación se realice por la vía indirecta de su transformación en reglas de derecho interno, sin que los órganos legislativos nacionales puedan modificar, ni sus objetivos, ni su contenido, además de bloquear el derecho nacional ulterior.

Pues bien, sobre las Sociedades se había dictado un crecido número de Directivas, unas pertenecientes al Derecho de sociedades mercantiles en sentido estricto, y otras también aplicables a las Sociedades, pero encuadradas en el Derecho laboral, en el tributario o referentes al Mercado de Valores. Dentro del primer grupo se tuvieron en cuenta, cuando nuestro país emprendió la dificultosa labor de adaptación, siete de ellas (1.^a, 2.^a, 3.^a, 4.^a, 6.^a, 7.^a y 8.^a). La Directiva 5.^a había quedado descolgada, pues no había pasado de la fase de Proyecto, habida cuenta de las grandes discrepancias existentes sobre los órganos de las Sociedades Anónimas y la participación de los trabajadores en ellos (10). Por otro lado, la 8.^a, que se refería a la cualificación de las personas encargadas del control legal de los documentos contables, se excluyó del Proyecto de Reforma y Adaptación y fue objeto de una Ley separada; la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas.

Cuando se produjo en 1972 la primera ampliación de la Comunidad sólo se había dictado la 1.^a Directiva. Los tres Estados que se incorporaron, Inglaterra, Irlanda y Dinamarca, tuvieron que adaptar su legislación a dicha Directiva, lo que supuso un considerable esfuerzo, puesto que les obligó a cambiar de criterio de manera radical en cuestiones importantes, como la responsabilidad de la sociedad por los actos de sus órganos más allá de las facultades estatutariamente reconocidas. En el caso de España y Portugal las dificultades se multiplicaron, puesto que ya no estábamos ante una sola Directiva, sino ante siete, que se elaboraron cuando nuestro país no era miembro de la Comunidad y nuestro derecho, por tanto, no era una pieza a tener en cuenta en la labor armonizadora que las Directivas representaban. Teníamos, pues, que armonizarnos con legis-

(10) Esta Directiva sigue sin aprobarse. El texto de 1972 fue rechazado por la pretensión de imponer un sistema dualista en los órganos de la sociedad (consejo de administración y consejo de vigilancia), de corte germánico, frente al más extendido, de carácter monista. La redacción dada en 1983, a pesar de ser más flexible, también se rechazó. Sin embargo, gran parte de su contenido se reproduce en el Reglamento de la Sociedad Europea, que ya se ha dispuesto que entre en vigor en 1 de enero de 1992. Parece que se pretende que el sistema se consolide en dicha sociedad transnacional, con estructura unitaria, y una vez consolidado, extenderlo a una dimensión nacional.

El derecho español de sociedades y la Europa Comunitaria

laciones —de espíritu diferente a veces— ya armonizadas previamente en las Directivas mencionadas. Cuando España firmó su adhesión a la CEE se esperaba que, al igual que Portugal, solicitara prolongados plazos para efectuar la labor de adaptación de su derecho al comunitario y cumplir así de manera paulatina sus compromisos. Sin embargo, no sin cierta perplejidad de los Servicios jurídicos de la Comunidad, España no solicitó en este orden ni un sólo día de periodo transitorio; extremoso celo que se reputó innecesario, habida cuenta de que aún existen países miembros que no han efectuado la adaptación, no obstante llevar mucho más tiempo que el nuestro en la CEE (11).

A continuación vamos a exponer de forma sucinta el contenido fundamental y las innovaciones más destacadas de todas y cada una de las Directivas mencionadas, advirtiendo que no todas se refieren al mismo tipo de sociedades. En efecto, la 1.^a, 4.^a, 7.^a y 8.^a se refieren a las Sociedades anónima, de responsabilidad limitada y comanditarias por acciones, mientras que la 2.^a, 3.^a y 6.^a y el Proyecto de la 5.^a, sólo se refieren a la Sociedad Anónima.

A) Primera Directiva sobre Derecho de Sociedades Mercantiles (68/151, de 9 de marzo de 1968)

Hace referencia a la publicidad registral, a la validez de los compromisos de la sociedad y a su nulidad. Ha originado la modificación de los artículos 16 a 24 del Código de Comercio y la publicación, por Real Decreto de 29 de diciembre de 1989, del nuevo Reglamento del Registro Mercantil, en el que, además de ampliar sustancialmente los sujetos y actos objeto de inscripción, establece un nuevo sistema de publicidad, basado en la regulación del Registro Mercantil Central, que aglutina en su archivo todas las inscripciones que se practican en los Registros territoriales y que cumple dos funciones de la mayor relevancia: la de certificar sobre denominaciones sociales, haciendo posible el cumplimiento de la prohibición de identidad que las leyes establecen y, en segundo lugar, la publicación del «Boletín Oficial del Registro Mercantil», clave del nuevo régimen de publicidad. En efecto, el artículo 21 del Código de comercio, modificado de acuerdo con esta Directiva, establece que, los actos sujetos a inscripción «sólo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el mencionado Boletín. Contiene, además, normas sobre las nuevas atribuciones de los Registradores mercantiles (legalización de los libros, nombramiento de auditores y expertos independientes y el depósito y publi-

(11) V. «Repercusiones del ingreso en la CEE sobre el Derecho societario español». Jornadas de estudio en torno al Derecho mercantil actual y su futuro inmediato organizadas por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Edt. Aranzadi. 1986.

José Paniagua Gil

cidad de las cuentas anuales), y sobre la actualización de la estructura tecnológica de los Registros.

En lo tocante a la validez de los compromisos de la Sociedad y su responsabilidad por los actos de sus órganos, se ha incorporado lo dispuesto en el art. 6.º de la Directiva, que fortalece al máximo la protección de los terceros de buena fe, haciendo ineficaz frente a ellos cualquier limitación en las facultades representativas de los administradores, aunque se hallen inscritas en el Registro Mercantil, quedando obligada la sociedad aunque el acto no esté comprendido en el objeto social (artículo 129 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas publicado por Real Decreto Legislativo de 22 de diciembre de 1989. En lo sucesivo TRLSA).

B) Segunda Directiva (77/91 de 13 de diciembre de 1976)

Es la más amplia de todas ellas y regula los requisitos de constitución de la Sociedad Anónima, el capital social, su suscripción, desembolso, aumento y reducción, así como las cautelas a observar en las aportaciones no dinerarias y a la negociación de la Sociedad con sus propias acciones.

Uno de los datos que hay que consignar al constituir la Sociedad Anónima es el del capital social, cuyo mínimo es de diez millones de pesetas; exigencia acaloradamente discutida y duramente criticada por los sectores empresariales, no obstante ser una exigencia ineludible de la Directiva que comentamos (art. 6), si bien lo fija en 25.000 ecus (european currency unit), cifra sensiblemente inferior, aplicando los tipos de conversión en pesetas, a la determinada por el legislador español (12).

La importancia del capital social como cifra de retención del patrimonio en garantía de los acreedores está fuera de toda discusión, y una elemental coherencia jurídica impone la necesidad de dotar, desde su origen, de una base económica sólida a la sociedad. En el sistema anterior, las garantías de los acreedores eran pura entelequia, ya que no sólo no se fijaba un capital mínimo, sino que ni siquiera se exigía justificación alguna de las aportaciones dinerarias iniciales que lo integraban. Muchas de nuestras Sociedades Anónimas hacían constar en sus estatutos cifras de capital tan reducidas, que ni siquiera eran suficientes para atender a los gastos de constitución.

Pero la fijación del capital mínimo tiene, además, el propósito de desaconsejar a las empresas medianas y pequeñas (PYME) que adopten la

(12) Aplicando el tipo de conversión de «ecu» para el 4.º trimestre de 1989, que era de 131,059, de seguir fielmente esa cifra, el capital mínimo en pesetas sería de 3.276.475.

El derecho español de sociedades y la Europa Comunitaria

forma de Sociedad Anónima, efecto disuasorio expresamente manifestado que, según parece, está produciendo el fruto deseado, según se desprende de los datos que constan en el «Boletín del Registro Mercantil», donde se observa un crecimiento sustancial de la constitución de Sociedades de responsabilidad limitada y un descenso en las anónimas.

Las mayores novedades las encontramos en las normas sobre aumento y reducción de capital. En orden a la adopción de los acuerdos se ha simplificado el sistema anterior, exigiendo para la constitución válida de la Junta General, la concurrencia del 50 por ciento del capital social con derecho a voto, en primera convocatoria, y del 25 en segunda (13). Se admite que el aumento del capital sólo alcance a las suscripciones efectivamente realizadas y no a las propuestas, sin que ello pueda interpretarse como un supuesto de reducción, sino de concreción definitiva de incremento. Se ha introducido una forma nueva de aumento de capital; la producida con cargo a créditos existentes contra la Sociedad, siempre que sean líquidos, vencidos y exigibles en un 25 por 100. Se ha extendido el derecho de suscripción preferente a los titulares de obligaciones convertibles. Por contra, se permite la supresión de ese derecho de suscripción preferente «cuando los intereses de la Sociedad así lo exijan» (art. 159 del TRLSA).

En cuanto a la reducción de capital, las garantías que se establecen en favor de terceros son más seguras, sin que se pueda reducir por bajo de la cifra mínima, incurriendo en causa de disolución en el caso de quebrantamiento de esta prohibición. Esta norma cede sólo en el caso de la llamada «operación acordeón» (art. 169 del TRLSA), consistente en la reducción del capital a cero, y acuerdo simultáneo de aumento a una cantidad igual o superior a la cifra mínima. Normalmente esta operación tiene sentido en la revitalización de sociedades con pérdidas, que se pretenden «reciclar» mediante la eliminación de los antiguos accionistas y la entrada de otros nuevos.

En lo referente a las acciones, aparte de introducir la novedad de la posibilidad de su representación mediante anotaciones en cuenta, se establece que las restricciones a su libre transmisibilidad sólo afectan a las nominativas, y no a las al portador, como se admitía en el sistema anterior, basándose, más que en la Ley, en su interpretación jurisprudencial, lo que motivó que dichas restricciones se extendieran hasta las grandes sociedades capitalistas, inadecuadas por su naturaleza para admitir tales cláusulas, más propias de sociedades familiares y cerradas. Se regulan, por último, de

(13) El art. 103 del TRLSA, en su último párrafo determina que «cuando concurren accionistas que representen menos del 50 por ciento del capital suscrito con derecho a voto, los acuerdos... sólo podrán adoptarse válidamente con el voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado en la Junta». Se puede dar la circunstancia paradójica de que, asistiendo el 50 por 100, se puedan tomar acuerdos con el 25 por 100 y, en el caso de que sólo asista el 48 por 100 del capital, hagan falta los votos del 32 por 100.

una manera más clara, los negocios de la Sociedad sobre sus propias acciones en la línea del art. 39 de la Directiva, que garantiza los intereses de los acreedores, al exigir la constitución de una reserva indisponible equivalente al importe de las acciones adquiridas (art. 75,3 y 79,3 del TRLSA).

C) Tercera Directiva (78/855, de 9 de octubre de 1988)

Tiene por objeto el establecer en los Estados miembros de la Comunidad un sistema uniforme de fusión de sociedades. En este punto el esfuerzo de adaptación de nuestra legislación ha sido menor, puesto que poseíamos una normativa coincidente en sus bases fundamentales con las de la Directiva. Se han introducido, sin embargo, algunas novedades, que resumimos a continuación.

a) Se presta la máxima atención al Proyecto de fusión y a los documentos que han de acompañarlo, ofreciendo a los accionistas y, por primera vez, a los trabajadores, una información más amplia y fidedigna que la establecida en el sistema anterior.

b) Se simplifican los trámites cuando en la fusión por absorción, la sociedad absorbente sea titular de la totalidad de las acciones de la sociedad absorbida y, además se admite la posibilidad de que se fusionen sociedades en liquidación, «siempre que no haya comenzado el reparto de su patrimonio entre los accionistas» (art. 251 del TRLSA).

c) Se suprime el derecho de separación del accionista disidente, que reconocía el art. 144 de la Ley de 1951 (14).

d) A diferencia de la Ley de 1951, que concedía el derecho de oposición a la fusión a todos los acreedores, la nueva normativa (art. 243 y 166 del TRLSA), sólo se lo otorga a los ordinarios, es decir, a los que no tengan adecuadamente garantizados sus créditos.

D) Cuarta Directiva (78/660, de 25 de julio de 1978) y séptima Directiva (83/349, de 13 de junio de 1983)

Estas dos Directivas se refieren a los aspectos contables de las empresas y su ámbito de aplicación se extiende a todas las Sociedades de capi-

(14) No es unánime la doctrina a la hora de juzgar la conveniencia de suprimir el derecho de separación del accionista disidente. La Directiva no lo menciona, por lo que, en principio, no rechaza su mantenimiento. Puede estar incluido en el propósito general comunitario de protección de los accionistas. Otro sector de la doctrina considera que, al aumentarse las garantías y la información en el proceso de fusión, sobra el derecho de separación. No hay que olvidar, por otra parte, que la política económica española está en la línea de favorecer las fusiones y concentraciones empresariales, deseables para nuestras sociedades ante el desafío comunitario.

El derecho español de sociedades y la Europa Comunitaria

tal. La primera trata de las cuentas anuales y la segunda de las cuentas consolidadas de los grupos de sociedades. La integración de sus normas en nuestro ordenamiento se ha producido por la doble vía de modificar el C. de comercio (artículos 25 a 49) y la Ley de S. Anónimas. La metodología utilizada por la Ley de Reforma y Adaptación ha sido muy censurada por los mercantilistas. Uría (15), por ejemplo, dice que, al partir el sistema en dos bloques de normas paralelas y, en buena parte, repetitivas, unas contenidas en el C. de Comercio y otras en la Ley de S. Anónimas, ha ignorado que la materia de la contabilidad empresarial tiene suficiente sustantividad e independencia como para justificar su agrupación sistemática en una ley especial. Además hubiese evitado el introducir en la cabeza de nuestro viejo C. de Comercio, esa pieza difícil de encajar de las cuentas consolidadas de los grupos de sociedades.

El concepto que de la contabilidad tenía nuestro C. de comercio estaba inspirado en el pensamiento de los juristas napoleónicos, «que no concebían más que la moneda metálica intercambiada en operaciones jurídicas», desconociendo los «valores contables» como calidades de los bienes (16). Por otro lado, la contabilidad miraba al pasado; era una historia expresada en números de lo que había ocurrido y ya no tenía remedio.

Jaime Loring (17), en un riguroso análisis de la evolución histórica de la estructura del balance, ha singularizado ese sistema por las características siguientes:

1.ª.— Estaba regido por el principio de no intromisión de la Autoridad. Se impone la obligación de llevarla, pero nadie puede investigar su cumplimiento.

2.ª.— El valor probatorio de los libros de los empresarios estaba regulado con suma rigidez; rigidez posteriormente suavizada por la interpretación jurisprudencial.

3.ª.— Se impuso el secreto de los documentos contables. Sólo se podía quebrantar en muy contadas y singulares ocasiones.

Los sistemas contables modernos parten de postulados absolutamente opuestos. La obligación de la llevanza de la contabilidad ya no está exclusivamente reservada al empresario, sin que nadie pueda hacerla cumplir. Ya es una obligación exigida por el Estado y vigilada. El valor probatorio de la contabilidad se ha sometido a las reglas generales y los documentos contables se han convertido en cuasi-públicos. Por otro lado, la con-

(15) Rodrigo Uría. «Derecho Mercantil». Marcial Pons Editor. Madrid. 1989.

(16) René Savatier. «El Derecho Contable al servicio del hombre». ICE Ediciones. 1972, pág. 5.

(17) «La estructura del Balance. Evolución histórica». Trabajo publicado en el «Libro Conmemorativo de los 25 años de ETEA. Córdoba», 1990.

José Paniagua Gil

tabilidad, como una proyección sobre el pasado, se convierte en una contabilidad de gestión que mira al futuro y ofrece los datos precisos para fundamentar la toma racional de decisiones.

Algún progreso representó la aparición de la Ley de S. Anónimas de 1951, preocupada fundamentalmente de sus artículos 103 y 105, y la aparición de las Leyes de regularización de balances de los años 60, que intentaron lograr la coherencia entre los valores de los libros y los valores reales. Por fin llegó el Plan General de Contabilidad, un plan moderno para una empresa moderna, aunque apareciera algo tarde, pues los planes contables europeos datan de la década de los 40. Nuestro Plan General de Contabilidad —como dice Loring, a quien seguimos en estos razonamientos— ha podido llevar a cabo todo el progreso doctrinal, legislativo y profesional de los últimos años.

Mas la incorporación a nuestro sistema de las Directivas 4.^a y 7.^a, ha alumbrado una nueva filosofía de la contabilidad que postula, de una parte, que a los estados contables expresados en cifras, que de suyo son incapaces de reflejar la realidad financiera, se añadan las explicaciones contenidas en la Memoria sobre el Balance y la cuenta de pérdidas y ganancias, y el Informe de gestión sobre la situación, los hechos más importantes ocurridos y la evolución previsible de la Sociedad. De otro lado se pretende que las cuentas anuales sean «una imagen fiel» del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados y si, como dice el artículo 2,5 de la Directiva (art. 34,4 del C. de comercio), «la aplicación de una disposición legal en materia de contabilidad fuera incompatible con la "imagen fiel", que deben proporcionar las cuentas anuales, tal disposición no será aplicable».

Junto a esta nueva filosofía contable, se ha producido otro cambio sustancial respecto de la censura de cuentas, que en la legislación precedente se confiaba a dos accionistas nombrados por la Junta General y generalmente integrados en «paquetes» mayoritarios y, excepcionalmente, por otro nombrado por el sector minoritario, en cuyo supuesto debía ser un Censor Jurado de Cuentas, es decir, un profesional independiente. En el nuevo sistema se ordena el nombramiento por la Junta General de uno o varios Auditores, personas físicas o jurídicas, externos e independientes, que estén inscritos en el Registro de Auditores de Cuentas. La regulación de esta materia fue objeto de otra Directiva (la 8.^a, 84/253, de 18 de abril de 1984), recogida en la Ley de Auditoría de Cuentas de 12 de julio de 1988.

Este sistema no es aplicable a las pequeñas y medianas empresas, que desde el punto de vista contable, son las que pueden presentar balance abreviado, es decir, aquellas cuyo activo no supere los 230 millones de pesetas, que su cifra de negocios no llegue a 480 millones y que el núme-

El derecho español de sociedades y la Europa Comunitaria

ro de trabajadores no supere los 50. Sólo es necesario que concurren, al menos, dos de estas circunstancias. Sin embargo, cuando, al menos, el 5 por 100 del capital social lo pida, se nombrará un Auditor de cuentas por el Registrador mercantil.

E) Sexta Directiva (82/891, de 17 de diciembre de 1982)

Se refiere al fenómeno de la escisión de Sociedades Anónimas, desconocido en nuestra legislación mercantil, aunque ya fue contemplado en la tributaria, en la Ley de Cooperativas y en la del Seguro privado. La norma comunitaria y, en consecuencia, el TRLSA, distinguen dos clases de escisión: a) La escisión propiamente dicha, que consiste en la extinción de una Sociedad Anónima y la división de su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se traspasa en bloque a una sociedad de nueva creación, o es absorbida por una sociedad preexistente (escisión-absorción), y b) la escisión-segregación de una o varias partes de una Sociedad Anónima sin extinguirse, traspasando en bloque lo segregado a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes (segregación-fusión).

Las razones de la escisión de sociedades pueden apoyarse en la conveniencia de transformar una sociedad pluriempresarial en varias uniempresariales; en el saneamiento de un sector empresarial, que es escindiendo para no perjudicar al resto o, por último, por interesar una política de regionalización de sociedades con varias empresas situadas en diversas áreas geográficas.

El proceso de la escisión se asemeja en sus trámites esenciales al de la fusión, pudiendo, como en ésta, oponerse los acreedores hasta que no se garanticen sus créditos; mas en cuanto a los accionistas, se mantiene la misma postura; negarles el derecho de separación. Para la protección de los acreedores se establece la solidaridad de las sociedades escindidas (llamadas beneficiarias), frente a las deudas asumidas por cada una de ellas (art. 259 del TRLSA).

F) Una nueva Directiva no recogida en la Ley de Reforma y Adaptación: la 12.ª Directiva, (89/667, de 21 de noviembre de 1989)

La aprobación del Acta Unica Europea, firmada en Luxemburgo el 16 de febrero de 1986, en que se instaura un mercado interior, «que implicará un espacio sin fronteras, en que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada...» (art. 13), pretende estimular la adopción de nuevas medidas que, en principio se han concretado

en dos direcciones: a) una mayor colaboración entre empresas pertenecientes a distintos países miembros, ya sea por medio de la Sociedad Europea (18), o de los Grupos Europeos de Interés Económico, en los que se establece una unidad de gestión entre varias empresas para una finalidad determinada (conocidos en la legislación anglosajona con el nombre de «joint venture»), y b) la protección y fomento de las pequeñas y medianas empresas (PYME), de la que es un reflejo la Directiva 12.^a, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de un solo socio.

Aunque parezca una contradicción en los términos, la necesidad de buscar una solución al problema de la responsabilidad del empresario individual, ha hecho surgir la extraña figura de la sociedad de un sólo socio, en la que la responsabilidad queda limitada, que España se ha cobijado en la Sociedad Anónima. En otros países, como Francia, se atacó directamente el problema, regulando la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada. La Comunidad ha sido sensible a este problema y, en el programa de protección de las PYME, ha dictado esta norma, en la que concede a los Estados miembros la alternativa de seguir el ejemplo francés, o de adaptar las normas que disciplinan la Sociedad de responsabilidad limitada a esta figura de la Sociedad de un solo socio. Adaptación que, según la Directiva, consiste en hacer pública esta situación para conocimiento de todos, y en que se sometan las Sociedades directamente constituidas con un solo socio o las convertidas por acumulación en una sola mano de todo el capital, a las garantías establecidas en las demás Directivas para las otras Sociedades (19).

G) Las otras Sociedades. Sociedad de Responsabilidad Limitada, Sociedad Comanditaria por Acciones y Sociedad Anónima Laboral

a) Respecto de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, las normas que las han modificado hacen referencia a la exigencia de capital mínimo (quinientas mil pesetas), a la supresión del límite máximo de cincuenta millones, medida con la que se pretende incrementar su ámbito

(18) Sobre la Sociedad Europea (SAE) y las dificultades para su implantación, v. «Memorandum de la Comisión de la CE sobre el Estatuto de la Sociedad Europea», publicado en la Revista de D. Bancario y Bursátil, n.º 31, julio-septiembre en 1988. Las negociaciones fueron suspendidas en 1982, reanudándose en 1987, llegándose por fin al acuerdo de que el Reglamento correspondiente entre en vigor en 1.º de enero de 1992.

(19) Sobre las sociedades de un sólo socio y la Empresa individual de Responsabilidad Limitada existe una abundante bibliografía. V. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 595 (noviembre-diciembre 1989) y 596 (enero-febrero 1990). «El empresario individual de responsabilidad limitada en el Derecho comparado» y «El empresario individual de responsabilidad limitada: ventajas, problemas y soluciones», por G. Herrero, L. Fernández del Pozo y F. González del Valle.

El derecho español de sociedades y la Europa Comunitaria

de actuación, aproximándola a la Sociedad Anónima, aunque sin llegar a ser la forma jurídica de la gran empresa, puesto que, por otra parte sigue el límite máximo de cincuenta socios. La aproximación a la Sociedad Anónima se revela en el sentido de los artículos modificados, cuya mayor parte son normas de remisión a la Ley que regula a aquellas (20).

b) Las Sociedades Comanditarias por acciones han experimentado una transformación radical. El Código de comercio no las regulaba; sólo las aludía en el derogado artículo 160, estableciendo que el capital social de los comanditarios, «podía estar representado por acciones u otros títulos equivalentes». Pero la reforma realizada determina que todo el capital, y no sólo el perteneciente a los comanditarios, debe estar representado por acciones. Por tanto, la Sociedad Comanditaria por acciones se ha convertido en una sociedad por acciones dotada de una gravosa particularidad; que sus administradores responden como socios colectivos, es decir, ilimitadamente. Mas esta responsabilidad es de carácter temporal, ya que «el cese del socio colectivo como administrador, pone fin a su responsabilidad ilimitada con relación a las deudas sociales que se contraigan con posterioridad a la publicación de su inscripción en el Registro Mercantil (art. 155 del C. de comercio).

Hace algunos años, entre los mecanismos limitadores del poder de los administradores de la sociedad por acciones, se propuso por algún sector doctrinal la instauración de la responsabilidad ilimitada como corolario del poder, y la limitada en aquellos que no participaban en él. Parece, pues, que lo que se ha querido imponer ha sido la llamada «comanditarización de la sociedad por acciones».

c) Respecto a las Sociedades Anónimas laborales, no obstante ser unas sociedades protegidas y estar integradas en ese sector que se va abriendo paso, denominado «Economía Social», habrán de someterse a las normas sobre capital mínimo. Sin embargo, las normas a ellas dedicadas acusan ese carácter proteccionista, ya que se les concede un plazo más amplio para la adaptación, y se les permite, por una parte, que puedan completar la cifra de capital mínimo con el Fondo de reserva especial y, por otra, que el desembolso del capital, que había de hacerse íntegramente al constituirse, que sólo sea en la cuarta parte.

(20) Parece que el efecto disuasorio de las nuevas normas respecto a la adopción de la forma de sociedad anónima para las PYME está produciendo consecuencias. Entre los años 1960 y 1988, la constitución de sociedades anónimas duplicaba y en algunos casos triplicaba a la constitución de las sociedades de responsabilidad limitada. En 1985, por ejemplo, se constituyeron 25.000 anónimas, frente a 7.000 de responsabilidad limitada. Sin embargo, según estadística publicada por el Banco Central, de enero a mayo de 1989, cuando aún se estaba elaborando la Ley de Reforma y Adaptación, se constituyeron 15.995 anónimas y 14.193 de responsabilidad limitada.