

EL CAPITAL SOCIAL Y LA FLEXIBILIZACIÓN DEL DERECHO

Kevin Álvarez Vigo

Graduado en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid

Máster en Práctica de la Abogacía por el CEF

Experto en Mediación Civil y Mercantil por el CEF

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, don Alfonso CORONEL DE PALMA MARTÍNEZ AGULLÓ, don Ramón FERNÁNDEZ ACEYTUNO, doña Regina GAYA SICILIA, don Javier IZQUIERDO JIMÉNEZ y don Carlos LEMA DEVESA.

EXTRACTO

El siguiente trabajo analiza el objetivo de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, sobre todo el papel a desarrollar por la sociedad limitada de formación sucesiva, así como la figura garantista del capital social tanto en dicha ley como en el derecho de sociedades español.

A continuación, expondremos cómo el derecho societario estadounidense es capaz de conjugar flexibilidad y protección de terceros sin la figura del capital social; así como la tendencia que han experimentado tanto el derecho societario europeo como español durante las últimas décadas.

Nos detendremos con especial atención en la sociedad por acciones simplificada francesa, en tanto en cuanto supone una regulación flexible del derecho de sociedades dentro de un ordenamiento jurídico con muchas similitudes al ordenamiento jurídico español.

Para terminar, en nuestras conclusiones expondremos si la Ley 14/2013 y la sociedad limitada han resultado ser un éxito, así como la dirección que consideramos debe tomar el derecho de sociedades español.

Palabras clave: sociedad limitada de formación sucesiva, capital social, derecho societario y sociedad por acciones simplificada.

Fecha de entrada: 03-05-2016 / Fecha de aceptación: 12-07-2016

THE SHARE CAPITAL AND THE RELAXATION OF THE LAW

Kevin Álvarez Vigo

ABSTRACT

This paper analyses the purpose of Act 14/2013, dated 27 September, for the support of entrepreneurs and their internationalization, especially the role to be carried out by the limited liability partnership of successive formation (*sociedad limitada de formación sucesiva*), as well as the role of the share capital plays as guarantee under this act and the Spanish companies law.

To continue, we will explain how the American companies law is able to combine flexibility and protection to third parties without the figure of share capital; as well as the tendency that the European and the Spanish companies law has experienced in the last decades.

We will pay special attention to the French simplified limited liability partnership, insofar it implies a flexible regulation of the corporate law within a legal system with many similarities to the Spanish legal system.

Finally, in our conclusions we will explain whether the Act 14/2012 and the limited liability partnership have been a success, as well as the direction that we consider the Spanish companies law must follow.

Keywords: limited liability partnership of successive formation, share capital, companies law and simplified limited liability partnership.

Sumario

1. La Ley 14/2013 y la sociedad limitada de formación sucesiva
2. El capital social: ideas y funciones de una institución garantista
3. El derecho societario estadounidense: regulación sin capital social
4. Tendencia del derecho europeo y el derecho español en materia societaria
 - 4.1. El derecho societario europeo: una tendencia liberalizadora
 - 4.2. Reino Unido: el *common law* en Europa
 - 4.3. ¿Qué dirección toma el derecho de sociedades español?
5. La sociedad por acciones simplificada y el éxito de la flexibilización en la Europa continental
6. Conclusiones

Bibliografía

1. LA LEY 14/2013 Y LA SOCIEDAD LIMITADA DE FORMACIÓN SUCESIVA

Durante el periodo de crisis económica en el que nos vimos envueltos en los últimos años, tanto el gobierno central español como los diferentes gobiernos autonómicos llevaron a cabo numerosas medidas para combatir dicha crisis, o al menos conseguir paliar sus desastrosas consecuencias. La Administración central fue consciente, durante el año 2013, de que era necesario elaborar una ley que incentivase la formación de empleo por medio de la creación de empresas, así como la inversión en estas. Ciertamente es que los datos de los cinco años previos al 2013 eran increíblemente desoladores, pues se habían destruido 1,9 millones de empresas (de las cuales el 99,5% contaban con menos de 20 trabajadores). Además, estas cifras empeoran al analizar que el número de jóvenes empresarios (de 15 a 39 años) había descendido más de un 30% durante el mismo periodo.

Todos estos datos, así como las intenciones del legislador, fueron introducidas con acierto en el preámbulo de la ley que debería terminar con esta negativa tendencia de destrucción de empresas y, por ende, de empleos: la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

Para poder cumplir con su cometido, la Ley de Emprendedores (LE) aborda diferentes materias: la educación en el emprendimiento, el inicio de la actividad emprendedora, la figura del emprendedor de responsabilidad limitada, etc. Sin embargo, de entre todas estas medidas, llama poderosamente la atención la creación de una nueva figura societaria, la sociedad limitada de formación sucesiva¹ (SLFS), la cual tiene como principal característica la no necesidad de aportar el capital social desde el momento de constitución como modo de favorecer la creación de empresas. Podemos intuir, *a priori*, que para el legislador español lo que realmente impide o frena la constitución de sociedades o la inversión en nuevas empresas es el desembolso inicial del capital mínimo social de 3.000 euros (posibilidad que ya existía para las SA pero no así para las SRL).

De esta forma, la sociedad puede comenzar a funcionar sin que los socios tengan la obligación de desembolsar todo el capital mínimo social, sino solo el imprescindible para dar comienzo a la actividad. Más adelante, el capital mínimo legal se podrá ir completando. La cifra que sigue estableciendo la ley es la de 3.000 euros, pero no marca ningún mínimo para comenzar la actividad, por lo que podría ser de 1 céntimo².

¹ Artículo 12 de la LE.

² Para GARCÍA-VALDECASAS, «parece deducirse de la redacción legal que ese capital inferior al mínimo legal en ningún caso podrá ser cero, pues para que así fuese el artículo con más precisión debería haber dicho que podrán constituirse sin necesidad de capital social. Así también se deduce del artículo 23 d) cuando nos habla de capital inferior al míni-

Pero, ¿cuáles son las características de la SLFS?

1. Hasta que los 3.000 euros de capital social no sean cubiertos, deberá quedar constancia en los estatutos sociales que se trata de una SLFS, es decir, que no se encuentra desembolsado la totalidad del capital mínimo legal. De esto podemos concluir que, una vez conseguida dicha cifra, los estatutos deberán ser modificados e inscritos en el Registro Mercantil para poner fin al régimen especial del que disfrutaba la sociedad.
2. La reserva legal será del 20 % de los beneficios hasta alcanzar los 3.000 euros de capital social mínimo. Una vez haya sido cubierta la reserva legal, únicamente se podrán repartir dividendos a los socios cuando el patrimonio neto alcance al menos el 60 % del mínimo legal. Esto quiere decir que no se pueden repartir beneficios a los socios hasta que el patrimonio neto alcance 1.800 euros.
3. En el supuesto de que la SLFS se liquide, tanto socios como administradores deberán responder solidariamente ante los acreedores hasta los 3.000 euros. De esta forma, en caso de que existan deudas de la sociedad y esta se liquide, los acreedores de la misma pueden reclamar lo que falte por desembolsar de los 3.000 euros a cualquiera de los socios o administradores. Sin embargo, no responderán de importes superiores a menos de que exista responsabilidad de los administradores por mala gestión.
4. No hace falta acreditar las aportaciones dinerarias de los socios, dado que responden frente a la sociedad y frente a terceros de que la han hecho. Esto se debe a que se les puede reclamar a los socios el dinero que consta en los estatutos que se hayan comprometido a desembolsar.
5. Las retribuciones a socios y administradores por sus cargos al frente de la sociedad no podrán superar el 20 % del patrimonio neto, exceptuando si se trata de trabajadores por cuenta ajena o servicios profesionales. Por lo tanto, parece que la única aplicación se aplicará a aquellas retribuciones de socios que coticen en el RETA.

Sin entrar a analizar que la reducción del capital social de una SRL implique una mayor actividad empresarial³, y que los dividendos repartibles, así como las retribuciones de socios y ad-

mo legal y además sigue exigiendo, como contenido de los estatutos, el expresar las participaciones en que se divida, su valor nominal y su numeración correlativa. Nada de esto sería posible si el capital social fuera de cero, ni tampoco sería posible fijar la participación de cada socio, según el capital aportado a la sociedad. Por lo tanto, la sociedad de formación sucesiva debe contar con una cifra de capital social, la que sea, pero en definitiva con un capital». GARCÍA-VALDECASAS, J. Á.: «Resumen de la Ley de Emprendedores y su internacionalización», en: <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/resumenes/2013-emprendedores.htm#3slfs>

³ CAZORLA, L.: «El desastre de la Sociedad de Responsabilidad Limitada de Formación Sucesiva», en <http://luiscazorla.com/2013/11/el-desastre-de-la-sociedad-de-responsabilidad-limitada-de-formacion-sucesiva/> (última consulta: 11 de noviembre de 2013).

ministradores, no hacen atractiva esta nueva figura societaria⁴, conviene detenerse en un par de ideas que podemos extraer de la Ley 14/2013.

No cabe duda de que el legislador español sigue teniendo una concepción excesivamente tradicional del concepto de capital social, así como de su función de protección de acreedores. Estas dos ideas pueden suponer una legislación societaria excesivamente garantista, lo que implica que aquellos agentes interesados en constituir sociedades en España no lo hagan ante la imposibilidad de crear vehículos que se adapten a sus necesidades empresariales.

Por lo tanto, conviene empezar a cuestionarse realmente si lo más adecuado fuera desarrollar una legislación societaria donde la idea de capital social y todo lo que ello implica dejase paso a figuras societarias más flexibles, donde socios y administradores decidiesen qué normas de funcionamiento serán aplicables a las diferentes sociedades.

2. EL CAPITAL SOCIAL: IDEAS Y FUNCIONES DE UNA INSTITUCIÓN GARANTISTA

El capital social es un elemento complejo del derecho societario, tanto por su significado como por todo lo que implica. Nuestra Ley de Sociedades de Capital (LSC) no define en ningún artículo qué es el capital social; solo establece cuál será la cuantía mínima y la prohibición de que dicha cantidad sea inferior al mínimo legal (arts. 4 y 5 LSC). Ahora bien, el capital social no solo constituye el elemento común denominador de todas las sociedades de capital, sino también el rasgo diferenciador de estas frente a las sociedades de personas⁵.

Nuestro ordenamiento jurídico sigue el sistema conocido como *legal capital*, sistema donde el capital social tiene tanto una función de garantía como organizativa. Desde una perspectiva garantista, conviene señalar que no solo se trata de proteger los intereses de los diferentes acreedores, sino también de los socios y de la propia sociedad: de los primeros, en cuanto el capital social supone una garantía de cobro; de los segundos, dado que su participación en la sociedad dependerá del porcentaje del capital social posean (por medio de acciones o participaciones); y de la tercera, pues será la referencia para constituir los diferentes órganos de la misma, ya que determina el *quorum* constitutivo y decisorio.

Pero, ¿realmente cumple su función? Existen varios elementos para considerar que no se cumple con tal cometido⁶:

⁴ BLANCO, I.: «Ley de Emprendedores (III): la SL de formación sucesiva», en <http://fandelapyme.wordpress.com/2013/10/14/ley-de-emprendedores-iii-la-sl-de-formacion-sucesiva/> (última consulta: 14 de octubre de 2013).

⁵ VAQUERIZO, A.: *Comentario a la ley de sociedades de capital*, Civitas Thomson Reuters, 2011, pág. 187.

⁶ ALONSO LEDESMA, C.: *Algunas reflexiones sobre la función (la utilidad) del capital social como técnica de protección de los acreedores*, Marcial Pons, 2007, págs. 134 y ss.

1. De un lado, la rigidez normativa y el hecho de tener que aplicar las mismas medidas a todas las sociedades, independientemente de la actividad y del sector en el que se desarrollen, impide que se puedan tener en cuenta las necesidades de cada una de ellas, así como sus características. Se complica enormemente la creación de nuevas sociedades potencialmente prósperas dadas las necesidades del mercado debido a la inflexibilidad de la normativa actual.
2. El capital mínimo no supone una protección eficaz para los acreedores, pues lo relevante es la solvencia económica de la empresa (mediante los diferentes ratios, entre recursos propios y deudas a corto y largo plazo), así como las previsiones de futuro. Además, hay que tener en cuenta que el capital social tiene la función de garantía de cobro, pero en muchos casos esa cantidad no alcanza a la totalidad de los acreedores, por lo que estamos ante una protección ficticia. Por otro lado, no se puede determinar *ex ante* la correcta o incorrecta capitalización de las sociedades, pues será el mercado quien decida si el capital empleado es o no el apropiado.
3. La limitación sobre el reparto de dividendos, como el no reparto en caso de tener pérdidas acumuladas, o en las SA cuando tengan pérdidas que disminuyan en dos tercios el capital social, perjudica la decisión en cuanto a futuros inversores y constriñe de manera excesiva la libertad de los administradores a la hora de repartir dividendos. Además, las normas sobre conservación del capital tampoco son un instrumento fiable de protección de los diferentes acreedores, debido en gran medida a que la información contable proyectada por el balance no necesariamente es un reflejo fiel de la situación financiera de la sociedad.
4. Desactualización de la cifra de capital social. Si esta figura cumpliera una efectiva protección de socios y acreedores, tendría que haber sufrido diversas modificaciones a lo largo del tiempo para equipararse, por ejemplo, con las variaciones del IPC. Desde que se redactó la ya derogada Ley de Sociedades Anónimas de 1989, la cual fijaba un capital social de 60.000 euros (unos 10.000.000 de las antiguas pesetas), esta cifra no se ha visto alterada en ningún momento. Sin embargo, la tasa de variación del IPC desde julio de 1989 hasta el mismo mes del 2015 es de 120,7%; lo que supone que 60.000 euros de 1989 equivalgan a 132.420 euros, es decir, más del doble.

3. EL DERECHO SOCIETARIO ESTADOUNIDENSE: REGULACIÓN SIN CAPITAL SOCIAL

En contraposición al *legal capital* europeo nos encontramos con el sistema norteamericano, presente en la mayoría de estados desde 1980: el *Revised Model Business Corporation Act* (RMBCA).

Conviene señalar que con el RMBCA no solo se elimina la institución de *legal capital*, sino que supone una transformación en el tejido societario de aquellos estados donde se adopta aquel: se eliminan las acciones con valor nominal, dando paso a las *no par value shares*, esto es, accio-

nes cuya valor será concretado por los administradores, adecuado eso sí al precio del valor de mercado de las acciones en circulación. Además, se permite todo tipo de aportaciones, incluido los servicios, siendo únicamente necesario que los administradores determinen si se trata de una aportación idónea o no⁷.

Como podemos ver, el sistema creado por el RMBCA supone otorgar mucha libertad a los administradores a la hora de tomar decisiones de gran importancia para el devenir de la sociedad. Permite, de esta forma, hacer frente o, al menos, adaptarse a las contingencias que van surgiendo en el mercado.

Ahora bien, ¿esta flexibilización del derecho societario supone desproteger aquellos bienes y principios que teóricamente el capital social defiende? Definitivamente no.

El sistema americano establece dos grandes figuras de protección de los accionistas y acreedores frente a la sociedad: el llamado *equity solvency test* (o test de solvencia) y el *balance sheet test* (o test de activos netos)⁸.

El test de solvencia determina que solo podrán distribuirse dividendos en dos casos: primero, si la sociedad no es insolvente antes de repartir dividendos; y segundo, si con posterioridad a esa hipotética repartición, la sociedad deviniera insolvente.

Por su parte, el test de activos netos exige que tal distribución de dividendos no podrá llevarse a cabo cuando la totalidad de los activos sea inferior a la de las obligaciones. Además, no existe ninguna obligación en cuanto al método o modelo para determinar el patrimonio neto (ni siquiera los Principios Contables Generalmente Aceptados, o GAAP), o la forma en la que debe elaborarse el balance de situación, dejando plena libertad a los administradores siempre y cuando se ajusten a valoraciones razonables dependiendo del tipo de empresa, de las circunstancias socioeconómicas, etc.

⁷ Artículo 6.21 b) y c) del RMBCA.

⁸ Artículo 6.40 del RMBCA.

- a) A board of directors may authorize and the corporation may make distributions to its shareholders subject to restriction by the articles of incorporation and the elimination in subsection (c). (b) If the board of directors does not fix the record date for determining shareholders entitled to a distribution (other than one involving a purchase, redemption, or other acquisition of the corporation's shares), it is the date the board of directors authorizes the distribution.
- b) If the board of directors does not fix the record date for determining shareholders entitled to a distribution (other than one involving a purchase, redemption, or other acquisition of the corporation's shares), it is the date the board of directors authorizes the distribution.
- c) No distribution may be made if, after giving it effect: (1) the corporation would not be able to pay its debts as they become due in the usual course of business; or (2) the corporation's total assets would be less than the sum of its total liabilities plus (unless the articles of incorporation permit otherwise) the amount that would be need, if the corporation were to be dissolved at the time of the distribution to satisfy the preferential rights are superior to those receiving the distribution.

A parte de las dos figuras vistas, en el derecho norteamericano existen otras dos formas de protección de terceros de gran relevancia: el *fraudulent transfer*, figura creada al amparo del derecho concursal para evitar la transferencia de ciertos bienes cuando son efectuados con intención de defraudar al acreedor o causen daño a otros por engaño involuntario⁹; y los *financial covenants*, cláusulas establecidas en los diferentes contratos de préstamo o financiación por los que se impone a la sociedad la obligación de hacer o de no hacer, con el objetivo de limitar la libertad de distribución mencionada anteriormente. Para cumplir con estas cláusulas contractuales, la sociedad en cuestión deberá suministrar información financiera de manera periódica donde vengan detallados los diferentes datos de interés. Obviamente, el incumplimiento de tales cláusulas acarrea diferentes tipos de sanción: desde la obligación de reembolso de préstamo hasta la negativa a la refinanciación de la deuda.

De esta forma, vemos como el RMBCA y el derecho societario americano en general diseñan diferentes modelos que habilitan una distribución de dividendos protegiendo a su vez y de forma efectiva a los acreedores, y dotando a su vez de una amplia libertad a los administradores para decidir cómo repartir esos dividendos. Comprobamos como libertad y flexibilidad no son conceptos opuestos a protección y garantía, sino que son directamente proporcionales.

4. TENDENCIA DEL DERECHO EUROPEO Y EL DERECHO ESPAÑOL EN MATERIA SOCIETARIA

El derecho societario norteamericano nos demuestra que es viable una protección eficaz de socios y acreedores estableciendo una normativa de carácter flexible. La cuestión es: ¿sería posible implementar el sistema americano directamente en los países de la Europa continental? Y más concretamente, ¿funcionaría este método en España?

Para poder responder a estas preguntas, es necesario analizar la tendencia liberalizadora o no del derecho societario europeo en general, y del derecho societario español en particular.

4.1. EL DERECHO SOCIETARIO EUROPEO: UNA TENDENCIA LIBERALIZADORA

En el derecho societario europeo, conviene destacar en primer lugar la Directiva 77/91-7/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, cuyo fin era «coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el párrafo segundo del artículo 58 del Tratado, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo

⁹ UFTA 4 (a) (1):

- The debtor must have transferred an asset or incurred an obligation.
- Without receiving a reasonably equivalent value in change (or fair consideration).
- At a point in time where she was (rendered) insolvent or with unreasonably small capital.

a la constitución de la sociedad anónima (en adelante, Segunda Directiva). Esta Segunda Directiva tenía como objetivos primordiales asegurar una equivalencia mínima en la protección de los accionistas y de los acreedores mediante la coordinación de las disposiciones nacionales relativas a la constitución de sociedades, así como el mantenimiento, el aumento y la reducción de su capital. Para ello, la Segunda Directiva dispuso que para constituir una sociedad o para obtener la autorización para comenzar sus actividades, las legislaciones de los Estados miembros requerirían la suscripción de un capital mínimo no inferior a 25.000 unidades de cuenta europeas¹⁰. Viendo parte del resto del articulado, observamos como esta Segunda Directiva recoge una concepción tradicional y garantista del derecho societario, considerando el capital social como una herramienta eficaz de protección de terceros y limitando en gran medida la discrecionalidad de los administradores en favor de la junta general.

El segundo punto importante dentro del derecho societario europeo, y que supone un cambio de tendencia en el mismo, es el conocido Informe Winter, presentado el 4 de noviembre de 2002 y elaborado por el Grupo de alto nivel de Expertos en Derecho de sociedades designado por el comisario Bolkestein y presidido el señor Jaap Winter. El Informe Winter ya no considera el capital social como un medio eficaz de protección de los acreedores, sino que además señala que se trata de un régimen inflexible y costoso. Como alternativa al *legal capital* más tradicional, en el Informe Winter se analizaron tres alternativas: una primera alternativa basada en las propuestas SLIM, que se completarían con nuevas recomendaciones (SLIM-Plus); una segunda alternativa, la cual tendría como modelo el derecho societario norteamericano y supondría la supresión del concepto de capital social así como un equilibrio de poderes entre el consejo de administración; y una última alternativa que, aun entendiendo que hay que suprimir el concepto de capital social, propone que se siga manteniendo el control por parte de los accionistas.

El grupo llega a las dos siguientes conclusiones: en primer lugar, que la figura del capital social no es un medio de protección adecuado y eficaz para acreedores y accionistas; y en segundo lugar y como resultado del anterior, la protección de los accionistas sería más eficaz sin el concepto legal de capital social.

El Informe Winter es, en su totalidad, un conjunto de recomendaciones tendentes a la liberalización del derecho societario europeo, sobre todo respecto a la Segunda Directiva. Además de las recomendaciones y opiniones acerca de la figura del capital social, creo que conviene destacar dos ideas más, recogidas del Grupo de Trabajo de la IV Iniciativa SLIM, las cuales refuerzan aún más la tendencia liberalizadora que venimos analizando: permitir la emisión de acciones sin valor nominal y eliminar la obligación de tasación por un experto independiente en las aportaciones no dinerarias, así como permitir la prestación de servicios como una modalidad de aportación no dineraria.

El tercer punto que supone la confirmación del cambio de tendencia en el derecho europeo societario es la Propuesta de Reglamento de Estatuto de la Sociedad Privada Europea (PRSPE),

¹⁰ Artículo 6 de la Directiva 77/91/CEE.

que fue presentada ante la Comisión del Consejo Europeo el 25 de junio de 2008. Este nuevo tipo societario nace con la principal finalidad de facilitar la actividad a las pymes europeas pues, como indica en la explicación de motivos, estas empresas suponen el 99% de las sociedades europeas. Sin embargo, esto no impide que este nuevo tipo societario pueda beneficiar a empresas más grandes y grupos de empresas, sin importar las características e intereses de las mismas.

En el artículo 1 de la PRSPE se establece legalmente la sociedad privada europea (SPE) como una sociedad de responsabilidad limitada, donde los socios responden hasta el límite del capital aportado o que vayan a aportar. Es decir, la SPE queda configurada como una sociedad de capital, pero el capital social pasa a desempeñar una función meramente simbólica, ya que la cuantía establecida, en muchos casos, le impedirá cumplir con las funciones que tradicionalmente ha tenido asignadas en el derecho societario continental. Así, se establece la cifra de 1 euro como cuantía mínima de capital, siendo una cifra sin ninguna posible utilidad práctica. No obstante, la cifra de capital podrá ser siempre superior, con el único requisito de que esté íntegramente suscrita (tampoco será necesario su desembolso íntegro en el momento de su emisión)¹¹.

A consecuencia de ello, se establecen unos límites a la hora de que la sociedad efectúe distribuciones entre los socios: en primer lugar, tras la distribución realizada, el activo deberá cubrir plenamente el pasivo; y en segundo lugar, no se pueden distribuir reservas que no se puedan realizar en virtud de su escritura de constitución¹². Además, en los casos en que se recoja en la escritura de constitución, antes de realizar cualquier tipo de distribución, el órgano de administración deberá firmar un documento conocido como «certificado de solvencia», en el que quedará constancia de que la SPE en cuestión estará capacitada económicamente para hacer frente a sus deudas a su vencimiento¹³.

Vemos como existe cierta similitud con los mecanismos de protección de acreedores del RMBCA.

La libertad contractual concedida a los socios queda aún más de manifiesto a la hora de regular la estructura de la organización interna de la SPE. Solo existe como órgano obligatorio un órgano de administración, cuyas funciones estarán fuertemente sometidas a lo que disponga la escritura de constitución. Además, los socios serán los encargados de determinar la organización de la SPE¹⁴. De esta forma, se permite que cada SPE quede estructurada de la manera que resulte más efectiva para la actividad empresarial que vaya a realizar, así como la que más beneficie a los socios.

Como podemos observar, el proyecto de Estatuto de Sociedad Privada Europea tiene dos grandes novedades en cuanto a la regulación del derecho de sociedades europeo: por un lado, la

¹¹ Artículo 19 de la PRSPE.

¹² Artículo 21.1 de la PRSPE.

¹³ Artículo 21.2 de la PRSPE.

¹⁴ Artículo 26 de la PRSPE.

posibilidad de establecer un capital social meramente simbólico; y por otro lado, otorgar un amplio campo de libertad a los socios para conformar la organización de la sociedad de tal forma que se adapte lo mejor posible a la actividad empresarial a desarrollar. Parece, por tanto, que el capital social a nivel europeo tiene visos de desaparecer, sobre todo si atendemos al éxito de la SAS francesa y al contenido de este Estatuto de Sociedad Privada Europea.

Sin embargo, la Comisión retiró la propuesta de SPE ante la falta de compromiso de los Estados miembros, anunciando a su vez una propuesta alternativa conocida como *societas unius personae* (SUP). El contenido de dicha propuesta es similar al de la SPE, en cuanto la SUP establece, de la misma forma, un capital social mínimo de 1 euro o unidad monetaria equivalente en aquellos países miembros donde el euro no sea la moneda nacional¹⁵. A su vez, para poder distribuir beneficios, los activos netos que figuran en las cuentas anuales de la SUP no podrán ser inferiores al importe del capital social más las reservas que no puedan ser distribuidas en virtud de la constitución de la SUP¹⁶ (*balance sheet test*); ni tampoco en caso de que la SUP no pueda pagar sus deudas a medida que vayan venciendo y deban abonarse después de la distribución¹⁷ (*solvency test*).

La gran novedad de esta nueva propuesta encaminada a incentivar la creación de empresas en Europa es la fijación de un modelo uniforme de constitución¹⁸: de esta forma, resulta más sencilla la constitución de sociedades transfronterizas y permite, a su vez, la inscripción *on line* de las mismas, reduciendo costes en cuanto no es necesario acudir ante notario¹⁹.

De esta forma, el legislador europeo deja patente que la figura del capital social supone una barrera al emprendimiento, y que, además, no cumple la función de protección a terceros tradicionalmente admitida. Además, también es consciente de que es necesario modificar la forma de constitución de sociedades y la concesión de mayor libertad a los socios a la hora de diseñar la estructura orgánica de la sociedad, en cuanto la suma de todas ellas hace más sencillo y atractivo la formación de las mismas. No sería disparatado afirmar que el derecho de sociedades europeo tiende a «americanizarse».

4.2. REINO UNIDO: EL COMMON LAW EN EUROPA

En cuanto a países europeos concretos, conviene detenerse en Reino Unido, no solo por las particularidades de su derecho societario, sino por su derecho en general. El derecho inglés re-

¹⁵ Artículo 16 del COM(2014) 212 final.

¹⁶ Artículo 18.2 del COM(2014) 212 final.

¹⁷ Artículo 18.3 del COM(2014) 212 final.

¹⁸ Artículo 11 del COM(2014) 212 final.

¹⁹ ALFARO, J.: «¿Una revolución europea del derecho de sociedades?», en <http://derechomercantiles.es/2014/06/una-revolucion-europea-del-derecho-de.html>

conoce tres tipos de sociedades mercantiles: la *sole trader*, la *partnership*, y la *limited company*. Es este último tipo de sociedad la más habitual en Inglaterra, y la que más se asemeja a nuestras sociedades de capital, tanto a la SRL como a la SA, razón por la cual será la que analizaremos.

La *limited company* tiene dos características principales: posee personalidad jurídica propia y la responsabilidad de sus accionistas o socios se limita a la aportación realizada. Hasta este punto, nada fuera de lo normal. Entonces, ¿qué hace que ordenamiento inglés sea tan atractivo para fundar una *company*?

El ordenamiento jurídico inglés se basa en el *common law*, y puede ser una de las grandes razones por las que ofrece las mejores estructuras societarias posibles, o, al menos, las más atractivas para emprendedores e inversores. Por ejemplo, una sociedad puede constituirse en veinticuatro horas, existe un coste menor en la formación de empresas y no existe capital social mínimo. Además, el único requisito para poder constituir una sociedad en Reino Unido es poseer un domicilio social en dicho territorio, independientemente de la nacionalidad de la persona.

Todas las sociedades se constituyen de acuerdo a lo establecido en las *companies act*, siendo la última modificación en 2006. Las ventajas que ofrece la *limited company* son las siguientes:

Se puede fundar únicamente con capital nominal (registrado), pero no pudiéndose realizar el desembolso efectivo²⁰. Además, en el trámite de constitución de la *company* no interviene notario (al igual que en el trámite de disolución), reduciendo de esta manera los costes inherentes a la actividad empresarial²¹.

La responsabilidad de los dirigentes queda limitada a las aportaciones realizadas, otorgando las leyes corporativas británicas una protección mayor a los accionistas, de tal forma que resulta muy complicado que un juez «levante el velo» corporativo.

Una carga tributaria relativamente baja para las *companies*. El tipo de gravamen asciende tan solo hasta el 21 % cuando el beneficio neto de la sociedad es de 300.000 libras, y del 28 % cuando los ingresos son superiores. Además, el régimen fiscal es incluso más suave que en otros ordenamientos dado que no se establece un *forfait* de impuestos desde el comienzo de la actividad empresarial en caso de pérdidas.

El último punto a considerar para explicar el atractivo que supone Reino Unido para inversores y emprendedores a la hora de fundar una *company* es la consideración de Londres como centro financiero de la Unión Europea.

Si a las anteriores ventajas unimos el posible anonimato de los dirigentes y propietarios bajo el sistema del llamado «director asignado», así como un modo de constitución sencillo, rápido y

²⁰ Part. 17 *A company's share capital, Companies Act 2006*.

²¹ Part. 3 *A company's constitution, Companies Act 2006*.

económico, no debe resultar extraño que muchas empresas decidan trasladar el centro efectivo de su actividad a Reino Unido²².

Por otro lado, la inexistencia de capital social implica que la protección anglosajona no se base en normas coercitivas sobre el capital mínimo, sino en un sistema flexible y adecuado a las reglas del mercado sustentado en cláusulas contractuales. El parámetro de liquidez futura de la compañía en función de los planes y expectativas de negocio será el que determine el reparto de dividendos. En este aspecto, podemos ver las similitudes existentes con el RMBCA, en parte al compartir ambos ordenamientos en *common law*.

El ordenamiento británico pretende, de esta forma, constatar su intención de que las diferentes sociedades puedan adaptarse a las necesidades del mercado, y no al revés, haciendo, por tanto, un derecho societario atractivo tanto para emprendedores e inversores británicos como para emprendedores e inversores extranjeros.

4.3. ¿QUÉ DIRECCIÓN TOMA EL DERECHO DE SOCIEDADES ESPAÑOL?

Para saber la tendencia del derecho societario español, hay que analizar su evolución en las últimas décadas. Ciertamente, el primer cambio de tendencia en el derecho societario español se produce en 1989, con la Ley de Sociedades Anónimas. Hasta esa fecha, y al contrario de lo que sucede ahora, la mayoría de las sociedades de capital eran SA (un 75 % aproximadamente), debido en gran parte a la falta de un capital social mínimo exigible²³ y a la regulación deficitaria que proporcionaba la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada a este tipo societario. Sin embargo, la ley de 1989 no solo implica que las SA deban contar con un capital social de 60.000 euros, sino que en líneas generales se introducen una serie de medidas que hacen de las SA un tipo societario más rígido y complejo, acarreando esto mayores costes. Esto, unido al abaratamiento que experimenta desde entonces la constitución de las SRL frente a las SA, hace que sean el tipo societario predilecto (entre un 90 y un 95 % de las sociedades de capital constituidas actualmente).

Con la Ley 7/2003, de 1 de abril, el legislador introduce la sociedad limitada nueva empresa (SLNE), concebida fundamentalmente para pymes y que pretendía ser una figura donde primase la simplificación. Sin embargo, resultó ser un auténtico fracaso debido en gran medida a la falta de

²² NAVARRO MATAMOROS, L.: *La libertad contractual y flexibilidad tipológica en el moderno derecho europeo de sociedades: La SAS francesa y su incidencia en el derecho español*, Comares, 2010, pág. 39

²³ La Ley de 17 de julio de 1951 sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas establece, en su artículo 4, la obligación de que aquellas sociedades que limiten en cualquier forma la responsabilidad de sus socios y tengan un capital superior a cinco millones de pesetas, deberán revestir necesariamente la forma de sociedad anónima, quedando exceptuadas las sociedades comanditarias simples. De esta forma, si bien no establece un capital social mínimo para las SA, sí que establece una cifra de capital máximo para el resto de sociedades de capital, debido en gran medida a la idea tradicional de que las grandes sociedades deben revestir la forma societaria de una SA.

otorgamiento de libertad a los socios y a la imperatividad de sus normas. Si bien pretendía ser un nuevo tipo societario, al final no resulta más que una especialidad dentro de la SRL, como bien se señala en la actual LSC²⁴. Es cierto que, *a priori*, algunas características de la SLNE invitaban al optimismo, como la posibilidad de que el objeto social fuera genérico para evitar futuras modificaciones de los estatutos. Además, se permite la constitución tanto telemática como presencial, y el registrador mercantil deberá calificar e inscribir la escritura de constitución en un máximo de 24 horas. Sin embargo, se introducían otras disposiciones que hacían de la SLNE un subtipo societario más rígido del que se pretendía crear. No solo no se mantenía la cifra de un capital social mínimo, sino que se fijaba un máximo de 120.000 que además debía ser desembolsado íntegramente mediante aportaciones dinerarias²⁵. En cuanto a los socios, estos deben ser obligatoriamente personas físicas, no pudiendo superar un máximo de 5 en el momento de constitución de la sociedad, número que se podrá aumentar con la transmisión posterior de participaciones.

La administración de la SLNE responde a un régimen poco flexible y tremendamente tasado. El órgano de administración (de necesaria creación) podrá ser de carácter unipersonal o pluripersonal, siendo su régimen de responsabilidad solidaria o mancomunada. Ahora bien, la ley deja establecido que en caso de escoger un órgano pluripersonal, este no actuará bajo ningún concepto como un consejo de administración²⁶.

Otro aspecto donde queda de manifiesto la rigidez de la SLNE es en lo concerniente a las modificaciones estatutarias. El legislador decidió que solo se podrían llevar a cabo modificaciones estatutarias en tres supuestos: denominación, domicilio social y, dentro de ciertos límites, el capital social²⁷. Como se puede apreciar, las modificaciones estatutarias no se contemplan como vía para adaptar la sociedad a nuevas necesidades que esta, durante su existencia, deba ir afrontando. Y lo que es peor, el legislador transmite el mensaje de que para nuevas contingencias, se necesita una nueva sociedad. Es decir, no se contempla la posibilidad de que una misma SLNE pueda afrontar diferentes necesidades durante su vigencia.

Desde un punto de vista meramente estadístico, la SLNE ha resultado ser ciertamente un fracaso. Según datos del Registro Mercantil Central, en el 2007 solo se constituyeron 1.360 sociedades bajo esta forma societaria, pero es que cada año este número ha ido descendiendo, hasta que en el pasado 2015 únicamente se constituyeron 57 SLNE. Un bagaje muy pobre para la sociedad que debía aglutinar los proyectos de pymes.

Desde el año 2006 la Comisión General de Codificación ha estado trabajando en un nuevo Código Mercantil. El anteproyecto del mismo ha sido aprobado recientemente, el 31 de mayo de

²⁴ Artículo 434 de la LSC.

²⁵ Artículo 443 de la LSC.

²⁶ Artículo 446 de la LSC.

²⁷ Artículo 450 de la LSC.

2014. Pese a contar con más de 1.700 artículos, en lo que atañe al derecho de sociedades, podemos establecer con contundencia que se trata de una mera recodificación de la LSC, un simple «copia y pega». Las principales novedades relativas al capital social son las referidas al aumento del mismo en la SA, que pasa a situarse en los 120.000 euros²⁸; y la incorporación del supuesto especial de la SL constituida con capital inferior al mínimo legal, ya introducida en la LE bajo la figura de la SLFS.

Desde mi punto de vista, este proyecto de Código Mercantil, en cuanto a derecho de sociedades se refiere, adolece de dos grandes cuestiones: en primer lugar, es ajeno a los proyectos que antes hemos mencionado a nivel europeo y a nivel internacional. No realiza ningún cambio en cuanto a la constitución de sociedades, y sigue sin otorgar mayor libertad a los socios a la hora de organizar la sociedad. En cuanto al capital social, solo recoge la figura de la SLFS que, como hemos visto, resulta insuficiente e insatisfactoria en líneas generales. En segundo lugar, y en relación con el punto anterior, no solo no se realizan modificaciones sustanciales, sino que la única que se lleva a cabo afecta a la SA en vez de a la SRL, cuando es este tipo societario el que representa más del 95 % de las sociedades en nuestro país.

Lo que parece incomprensible es el que el legislador español, después de anunciar en el preámbulo de la Ley 14/2013 querer incentivar el desarrollo empresarial, siga cayendo en los mismos errores, dándole simplemente al capital social la consideración errónea, como figura individualizada, de barrera al emprendimiento. Parece que nuestro legislador no ha querido ver la tendencia en otros ordenamientos, o simplemente considere que «liberalizar» el derecho societario no garantiza un mayor desarrollo empresarial y que, además, se vulnere la seguridad jurídica.

Ya hemos visto como la figura del capital social como garantía para los acreedores es más ficticia que real, pero su existencia implica dos cuestiones más que inciden proporcionalmente en el desarrollo empresarial: complejos trámites de constitución de sociedades y rígidos sistemas de organización de sociedades. De esta forma, dos ideas parecen claras: el derecho societario europeo ha ido experimentando un progresiva flexibilización en sus premisas, tendente a una «americanización» de las mismas, mientras que el legislador español, parece que ajeno a todo lo que le rodea, no parece dispuesto a aquella tendencia europea.

Aquellos sectores más reticentes seguirán defendiendo el actual sistema societario garantista, por su, ya demostrada, ficticia protección de socios y acreedores. Es cierto que intentar introducir el sistema americano en nuestro ordenamiento parece cuando menos poco recomendable, no solo por las grandes diferencias a nivel societario, sino por las diferencias del ordenamiento jurídico en su conjunto: *civil law* vs. *common law*. Pero a nivel europeo se ha tenido en cuenta esta contingencia, pues nunca se ha previsto una ruptura total del derecho societario, sino que todas las recomendaciones han ido experimentando una progresiva flexibilización.

²⁸ Artículo 233-1.

5. LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA Y EL ÉXITO DE LA FLEXIBILIZACIÓN EN LA EUROPA CONTINENTAL

Ahora bien, ¿cómo podría España flexibilizar el derecho societario? ¿Solo mediante la trasposición de recomendaciones europeas? La respuesta a estas dos cuestiones se encuentran en nuestro país vecino, Francia, y en su sociedad por acciones simplificada (SAS).

Al contrario de lo que sucede con Estados Unidos, Francia sí que es un país de donde extraer conclusiones válidas y aptas para aplicarlas en España, ya que las sociedades mercantiles existentes en el ordenamiento francés son muy similares al ordenamiento español: por un lado, las sociedades personalistas, donde se encuentran la sociedad colectiva²⁹ y la sociedad comanditaria simple³⁰ y, por otro lado, las sociedades de capital, englobadas por la SRL y las sociedades por acciones. Este último tipo societario está formado, a su vez, por la SA, la sociedad comanditaria por acciones y la SAS. Será este último subtipo societario en el que centraremos nuestro análisis.

La SAS fue introducida por la Ley n.º 94-1 de 3 de enero de 1994, modificando la Ley n.º 66-537 de 24 de julio de 1966 sobre sociedades mercantiles. En un principio, esta nueva forma social se ideó para grandes grupos con unas características específicas: ocupar el espectro que no permitía la rigidez de las SA y la responsabilidad solidaria e indefinida de los fundadores de los GIE. De esta forma, las características «simplificadas» de las SAS implicaban que su regulación quedara sujeta a las cláusulas contractuales que los socios fijaran³¹. Así, las normas de tipo legal de las sociedades anónimas serían únicamente de aplicación con carácter subsidiario, siendo denominado por algunos autores como *sociedad-contrato*³².

Si tuviéramos que señalar la causa principal del creciente interés por la SAS, sería la «enorme libertad concedida a los socios»³³ y, en menor medida, el establecimiento de ciertos límites

²⁹ Artículo L. 221-1 del CCom.

³⁰ Artículo L. 222-1 del CCom.

³¹ Con esta nuevo tipo societario, el legislador francés quería evitar la normativa de las sociedades anónimas. «La vida de la sociedad anónima está regulada por un derecho de orden público de una gran rigidez, que define en el mayor detalle la composición, los poderes de los órganos de dirección, el estatus de sus accionistas, los procesos de convocación y realización de asambleas de accionistas y sus modos de deliberación. El carácter imperativo del funcionamiento de la sociedad anónima se denunció como un freno al desarrollo de las empresas y a la conformación de grupos de sociedades. Ante la imposibilidad de redactar los estatutos según sus propias necesidades, los asociados son condenados a recurrir a convenios de accionistas donde la validez jurídica es frecuentemente incierta. Dentro del contexto internacional, donde las sociedades pueden establecerse libremente y las exigencias jurídicas se limitan al mínimo, las sociedades francesas sufrirían de una minusvalía en relación con sus competidoras europeas» (FRÉDÉRIC MASQUELIER *et al.*: *Société par actions simplifiée, création, gestion, évolution*, 4.ª ed., París: Editorial Delmas, 2005, pág. 10).

³² MAURICE COZIAN *et al.*: *Droit des sociétés*, 18.ª ed., París: Lexis-Nexis, 2005, pág. 365.

³³ NAVARRO MATAMOROS, L.: *La libertad contractual y flexibilidad tipológica en el moderno derecho europeo de sociedades: La SAS francesa y su incidencia en el derecho español*, Mercatura, 2010.

para la protección de terceros. De esta forma, la SAS es la única sociedad donde los socios fundadores tienen plena libertad para diseñar el funcionamiento de la sociedad en todo lo relativo al reparto de poderes, a la determinación de las competencias y composición de los diferentes órganos, etc. El único límite en este diseño orgánico es la presencia necesaria de la figura del presidente³⁴, que podrá estar encarnado tanto en una persona física como en una persona jurídica.

En lo referente al capital social en las SAS, esta institución ha sufrido diversas modificaciones desde su implantación en 1994. Hasta el 31 de diciembre de 2001, el capital exigido fue de 38.113 euros; desde el 1 de enero de 2002, la cifra de capital fue reducida hasta los 37.000 euros³⁵. Sin embargo, el 4 de agosto de 2008 entró en vigor la Ley de modernización de la economía núm. 2008-776, la cual eliminaba la obligatoriedad de un capital mínimo, determinándose, en su caso, en los estatutos de la sociedad.

En caso de que los estatutos fijen una cuantía determinada de capital social, este deberá suscribirse de forma íntegra³⁶ y las aportaciones podrán realizarse indistintamente tanto *in natura* (siempre que puedan valorarse económicamente) como en dinero. En lo relativo al valor nominal de las acciones, podrán los estatutos con carácter potestativo fijar dicho valor.

Pero sin duda, como comentamos con anterioridad, es la gran libertad concedida a los socios en lo que respecta al funcionamiento de la sociedad lo que hace que la SAS haya experimentado tanto éxito. Salvo la ya mencionada figura obligatoria del presidente, serán los estatutos los en-

³⁴ Artículo L. 227-6 del CCom.: «La société est représentée à l'égard des tiers par un président désigné dans les conditions prévues par les statuts. Le président est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société dans la limite de l'objet social. Dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du président qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve. Les statuts peuvent prévoir les conditions dans lesquelles une ou plusieurs personnes autres que le président, portant le titre de directeur général ou de directeur général délégué, peuvent exercer les pouvoirs confiés à ce dernier par le présent article. Les dispositions statutaires limitant les pouvoirs du président sont inopposables aux tiers».

³⁵ Artículo L. 224-2 del CCom.: «Le capital social doit être de 37 000 € au moins. La réduction du capital social à un montant inférieur ne peut être décidée que sous la condition suspensive d'une augmentation de capital destinée à amener celui-ci à un montant au moins égal au montant prévu à l'alinéa précédent, à moins que la société ne se transforme en société d'une autre forme. En cas d'inobservation des dispositions du présent alinéa, tout intéressé peut demander en justice la dissolution de la société. Cette dissolution ne peut être prononcée si, au jour où le tribunal statue sur le fond, la régularisation a eu lieu. Par dérogation au premier alinéa, le capital des sociétés de rédacteurs de presse est de 300 euros au moins lorsqu'elles sont constituées sous la forme de société anonyme».

³⁶ Artículo L. 225-3 párrafo 1.º del CCom.: «Le capital doit être intégralement souscrit. Les actions de numéraire sont libérées, lors de la souscription, de la moitié au moins de leur valeur nominale. La libération du surplus intervient en une ou plusieurs fois sur décision du conseil d'administration ou du directoire selon le cas, dans un délai qui ne peut excéder cinq ans à compter de l'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés. Les actions d'apport sont intégralement libérées dès leur émission. Les actions ne peuvent représenter des apports en industrie».

cargados de fijar las condiciones por las que la sociedad será dirigida³⁷. Es decir, esto supone que pueden crearse órganos de dirección únicos, donde no existen más figuras que las del presidente y los socios; o por el contrario, órganos colegiados de muy variada estructura que los estatutos fijarán como mejor les convenga: número de administradores, funciones de los diferentes órganos, diferentes comités de control o dirección, etc. Como vemos, las posibilidades de organización son innumerables, siendo otra muestra más de la gran flexibilidad que otorga este tipo societario, una figura que se puede adaptar tanto a pymes como a grandes empresas, o a las conocidas *start-ups*, la cuales han tenido un crecimiento exponencial en los últimos años.

En cuanto a la constitución de las SAS, aparte de tener unos trámites sencillos, los estatutos actúan de forma autónoma respecto de la escritura de constitución, no así como sucede en nuestro ordenamiento. Ahora bien, la SAS adquirirá personalidad jurídica en el mismo momento que el resto de las sociedades de capital, es decir, una vez esté inscrita en el *Registre du commerce et des sociétés*.

De esta forma, podemos señalar como las dos notas características de la SAS la flexibilidad, dando mayor importancia a la libertad contractual, concediendo a las partes una notoria autonomía a fin de adaptar la sociedad a sus intereses (siempre respetando un contenido mínimo obligatorio); y la simplificación de los trámites para su constitución. Se sitúa entre la SA (por las garantías ofrecidas a los socios) y la SRL (por su estructura organizativa).

Por lo tanto, no es solo la posible eliminación del capital social el hecho único y determinante que ha provocado el éxito de la SAS, sino un conjunto de medidas tendentes a eliminar requisitos legales y establecer una verdadera *sociedad-contrato*.

Así, y según un informe de enero de 2014 del *Institut national de la statistique et des études économiques*, en el año 2009, un año después de la última modificación de las SAS, la constitución de sociedades bajo esta figura fue de un 10% del total de nuevas sociedades. Este porcentaje ha ido en progresivo aumento hasta alcanzar el 29% en el año 2013, mientras que la constitución del resto de sociedades de capital ha ido en descenso.

Esta evolución positiva de las SAS es conveniente resaltarla aún más en cuanto no se produce en un periodo de crecimiento económico, sino durante una dura crisis económica a nivel mundial: si bien se constituyen en total menos sociedades durante este periodo, las SAS aumentan año a año, reforzando aún más la idea de que una parte importante de los inversores y emprendedores necesitan de un tipo societario que sea flexible y pueda adaptarse fácilmente a diferentes proyectos.

Viendo la tendencia europea en derecho societario, o el éxito de la SAS francesa, solo cabe preguntarse: ¿qué lleva a los diferentes legisladores españoles durante este siglo a no redactar un derecho societario más flexible?

³⁷ Artículo L 227-5 del CCom.

En primer lugar, creo que es conveniente señalar que una flexibilización del derecho societario no implica necesariamente la desaparición de un derecho societario más garantista. Son dos sistemas que pueden coexistir sin ningún problema, algo que ha quedado demostrado en la legislación francesa: la aparición y regulación de las SAS no ha supuesto la desaparición de figuras clásicas como la SA o la SRL. Sencillamente, se les concede a los agentes interesados la posibilidad de elegir aquello que más les conviene. En cierto modo, supone una mayor democratización del derecho.

En segundo lugar, al flexibilizar el derecho societario, instituciones que siempre han jugado un papel imprescindible en la constitución de sociedades (notarios y registradores) deberán seguir siendo una parte importante del sistema. Simplemente, habría que adaptar sus funciones a un nuevo derecho que conlleva la desaparición de la burocratización, que se aproveche aún más de las ventajas temporales que ofrece la vía telemática y similares.

En tercer lugar, el derecho societario español necesita crear figuras que se adapten a las nuevas formas de hacer negocio. Hoy en día, muchas empresas, por los medios empleados, donde predomina el uso de las nuevas tecnologías, no requieren de un desembolso elevado de capital y sí de métodos rápidos y sencillos de constitución. Esto no implica, ni mucho menos, que las figuras societarias existentes tengan que desaparecer, pero si es cierto que no son capaces de dar respuesta a un nuevo tipo de empresas. El riesgo de no adaptarnos a esta nueva situación implica no solo la no llegada de inversión extranjera, sino que el propio inversor nacional prefiera invertir en aquellos ordenamientos que le permitan crear sociedades flexibles y «adaptables» a nuevas situaciones.

6. CONCLUSIONES

En primer lugar, conviene detenerse en la Ley de Emprendedores y en especial en la SLFS. ¿Han resultado ser un éxito? Las estadísticas parecen indicar que no. Además, desde un plano meramente jurídico, esta ley y este tipo de sociedad no incorporan grandes novedades o, visto de otro modo, no se introducen modificaciones sustanciales respecto del derecho societario existente. Y considero que, si bien el legislador español supo señalar correctamente el problema que asoló a nuestro país durante la última gran crisis económica, erró la forma en que planteó la solución: vamos a permitir que se constituyan sociedades limitadas con menos de 3.000 euros de capital social, aunque, tarde o temprano, esa sociedad tendrá que desembolsar un mínimo de 3.000 euros. Hubiera sido más acertado crear un mecanismo similar de suscripción total y desembolsos mínimos similar al régimen de las SA, evitando así nuevos costes de suscripción. Siendo, desde mi punto de vista, poco atractivo para un futuro inversor todo el proceso en relación con la cifra de capital social, creo que el mayor error del legislador español fue considerar el capital como una mera cantidad, cuando es esta figura la cabeza de lanza del derecho societario español. Del derecho societario garantista, para ser más concreto, puesto que el capital social no solo representa una cifra de dinero, sino un conjunto de procesos, derechos y trámites propios de nuestro derecho societario. La solución no es bajar o subir dicha cifra, sino modificar todo lo que ella conlleva.

Como hemos visto, aquellos ordenamientos que se considera que tienen un derecho societario más flexible carecen de capital social pero, ¿es solo el prescindir de esta figura lo que hace que se ganen ese adjetivo? Por supuesto que no. Esa flexibilidad que predicen nace por la libertad que conceden a los socios y administradores para el funcionamiento de la sociedad, así como la rapidez y sencillez a la hora de constituir o llevar a cabo otros actos modificativos de aquella. Y es esta flexibilidad y libertad mucho más importante que la mera existencia o no del capital social; permitir crear sociedades «únicas» que se ajusten a las características propias de la actividad empresarial y del mercado.

En segundo lugar, lo que sí que parece evidente es que la figura del capital social desaparece o tiende a desaparecer en aquellos ordenamientos cuyo derecho societario es más liberalizador o permite tipos societarios más flexibles. Si bien Estados Unidos o Reino Unido son el mayor ejemplo de los primeros, en Francia ha quedado patente, con la SAS, que a medida que flexibilizas el derecho societario, el capital social tiende a desaparecer. Solo hay que recordar que cuando nace la SAS en 1994, el capital social era obligatorio; sin embargo, en su última redacción de 2008, esta figura es meramente potestativa.

En tercer y último lugar, cabe preguntarse si España debe afrontar o no una flexibilización de su derecho societario, y si este tendría cabida en nuestro ordenamiento jurídico. Desde mi punto de vista, España tiene y debe permitir una flexibilización del derecho de sociedades, no tanto en su conjunto, como sí permitiendo la posibilidad de crear sociedades más liberalizadas. El ejemplo de Francia y su SAS nos permiten creer que es posible, en tanto en cuanto existen múltiples similitudes entre ambos ordenamientos jurídicos, así como un modelo económico similar.

Después de todo lo expuesto hasta ahora, resulta extraño que el legislador español no haya tratado de modo similar el equiparse en derecho societario a nuestros vecinos europeos o, lo que resulta aún más llamativo, a la tendencia existente en el derecho societario europeo. No hay que olvidar que ya no solo se trata de conseguir una legislación que incentive el emprendimiento o la llegada de inversión extranjera, si no que se desvirtúa el significado y la función del derecho como tal.

La ley tiene la obligación de ajustarse a las necesidades de la sociedad, siendo necesario un proceso constante y real de ajuste legal para que las normas no sean incompatibles con la realidad socioeconómica existente. Parece evidente que esta disparidad en materia societaria en el derecho español ha supuesto un freno al desarrollo y la libertad empresarial, debido en gran parte a que las últimas reformas han sido insuficientes e ineficientes.

Viendo el éxito que ha tenido la SAS en Francia, es hora de que España permita la creación de sociedades similares, pues será una medida eficaz para conseguir aumentar el emprendimiento en nuestro país que tanto demandaba la Ley 14/2013.

Bibliografía

ALFARO, J.: «¿Una revolución europea del derecho de sociedades?», en <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014/06/una-revolucion-europea-del-derecho-de.html>.

ALONSO LEDESMA, C. [2007]: *Algunas reflexiones sobre la función (la utilidad) del capital social como técnica de protección de los acreedores*, Marcial Pons.

ARCILA SALAZAR, C. A.: «Sociedad por acciones simplificada», *Revista E-mercatoria*.

BLANCO, I.: «Ley de Emprendedores (III): la SL de formación sucesiva», en <http://fandelapyme.wordpress.com/2013/10/14/ley-de-emprendedores-iii-la-sl-de-formacion-sucesiva/>

CAZORLA, L.: «El desastre de la Sociedad de Responsabilidad Limitada de Formación Sucesiva», en: <http://luiscazorla.com/2013/11/el-desastre-de-la-sociedad-de-responsabilidad-limitada-de-formacion-sucesiva/>

COMISIÓN EUROPEA: «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las sociedades unipersonales privadas de responsabilidad limitada».

CNUDMI: *Observaciones del Gobierno de Colombia*, en UNCITRAL.

– *Microempresas y pequeñas y medianas empresas. Características de los regímenes simplificados de constitución de empresas*, en UNCITRAL.

DOMINGO OSLÉ, R.; SANTIVANEZ VIVANCO, M. y CAICEDO CASTILLO, A. [2006]: *Hacia un derecho global: reflexiones en torno al derecho y la globalización*, Aranzadi.

GARCÍA-VALDECASAS, J. Á.: «Anteproyecto de ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización», en <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/PROYECTOS/2013-emprendedores-jagv.htm>

GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C. [2005]: «Demasiado esfuerzo... para tan escasos resultados», en *Consejeros*.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. y DÍAZ MORENO, A. [2013]: *Lecciones de derecho mercantil*, Tecnos.

LUTTER, M. [2006]: *Legal capital in Europe*, De Gruyter Recht.

NAVARRO MATAMOROS, L. [2010]: *La libertad contractual y flexibilidad tipológica en el moderno derecho europeo de sociedades: La SAS francesa y su incidencia en el derecho español*, Comares.