

Colección ESTUDIOS DE DERECHO MERCANTIL • MERCATURA
Dirigida por JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO

REFORMAS Y CONTINUIDAD
EN LA REGULACIÓN
DE LAS SOCIEDADES
NO COTIZADAS
(LEY 5/2021, DE 12 DE ABRIL,
Y LEY 16/2022, DE 5 DE SEPTIEMBRE)

JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO
LUIS HERNANDO CEBRIÁ
(DIRS.)

Editorial Comares



JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO
LUIS HERNANDO CEBRIÁ
(dirs.)

REFORMAS Y CONTINUIDAD
EN LA REGULACIÓN
DE LAS SOCIEDADES
NO COTIZADAS

(LEY 5/2021, DE 12 DE ABRIL,
Y LEY 16/2022, DE 5 DE SEPTIEMBRE)

ÍNDICE DE AUTORES

BEATRIZ BALLESTEROS PALAZÓN
Magistrada
Sección 9.ª, Audiencia Provincial de Valencia

CARMEN BOLDÓ RODA
Catedrática de derecho mercantil
Universidad Jaume I de Castellón

JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO
Catedrático de Derecho mercantil
Universidad de Valencia

MARÍA DE LOURDES FERRANDO VILLALBA
Catedrática de Derecho mercantil
Universidad de Valencia

LUIS HERNANDO CEBRIÁ
Profesor titular de Derecho mercantil
Universidad de Valencia

CRISTINA MARQUÉS MOSQUERA
Notaria
Directora de la Revista Cuadernos de Derecho y Comercio

PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA
Magistrada
Sección 9.ª, Audiencia Provincial de Valencia

MONTSERRAT MOLINA PLA
Magistrada
Sección 9.ª, Audiencia Provincial de Valencia

BENJAMÍN SALDAÑA VILLOLDO
Profesor Contratado doctor de Derecho mercantil
Universidad de Valencia

SERGIO SÁNCHEZ GIMENO
Profesor asociado Derecho Mercantil - Abogado
Universidad de Valencia

BIBLIOTECA COMARES DE CIENCIA JURÍDICA

MERCATURA

Colección Estudios de Derecho Mercantil

dirigida por

José Miguel Embid Irujo

63

CONSEJO EDITORIAL

Prof. Niccolò Abriani (*Universidad de Florencia, Italia*)

Profesora María Fernanda Vasquez Palma (*Universidad de Talca, Chile*)

Prof. Pablo Girgado Perandones (*Universitat Rovira i Virgili, Tarragona*)

Prof. Ángel García Vidal (*Universidad de Santiago de Compostela*)

La presente obra forma parte de los siguientes proyectos de investigación:

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN «Método, finalidad y contenido en la ordenación jurídica del gobierno corporativo»
(PID2021-128186NB-I00)

Programa estatal para impulsar la investigación científico-técnica y su transferencia.

Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación. Ministerio de Ciencia e Innovación

Investigador Principal: José Miguel Embid Irujo

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN «Transparencia y digitalización en el Derecho europeo de sociedades»
(PID2019-105436RB-I00)

Programa estatal de I+D+I orientado a los retos de la sociedad. Plan estatal de investigación científica y técnica y de innovación. Ministerio de Ciencia e Innovación

Investigadores Principales: Carmen Boldó Roda y Luis Hernando Cebría

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN de «Derecho de sociedades e intermediarios financieros en la Unión Europea»
(AICO/2021/166)

Subprograma para la consolidación y fortalecimiento de proyectos y grupos de I+D+i consolidados.

Conselleria d'Innovació, Universitats, Ciència i Societat Digital. Generatitat Valenciana

Investigadores Principales: Luis Hernando Cebría y Vanessa Martí Moya

Maquetación:

Virginia Vélchez Lomas

© Los autores

© Editorial Comares, 2022

Polígono Juncaril

C/ Baza, parcela 208

18220 Albolote (Granada)

Tlf.: 958 46 53 82

E-mail: libreriacomares@comares.com • www.comares.com

facebook.com/comares • twitter.com/comareseditor • instagram.com/editorialcomares

ISBN: 978-84-1369-502-0 • Depósito legal: Gr. 1931/2022

IMPRESIÓN Y ENCUADERNACIÓN: COMARES

SUMARIO

ABREVIATURAS	XIII
PRESENTACIÓN	XV
PRÓLOGO	XIX

PRIMERA PARTE

EL DERECHO DE LAS SOCIEDADES NO COTIZADAS TRAS LA LEY 5/2021, DE 12 DE ABRIL Y LA LEY 16/2022, DE 5 DE SEPTIEMBRE

CAPÍTULO PRIMERO. LA JUNTA EXCLUSIVAMENTE TELEMÁTICA.	3
Carmen Boldó Roda	
I. INTRODUCCIÓN	3
II. EL ANTECEDENTE DEL RÉGIMEN EXCEPCIONAL Y TRANSITORIO	5
1. Régimen excepcional del art. 40 del RDL 8/2020, hasta 31 de diciembre de 2020	5
1.1. <i>Celebración telemática de las juntas de socios durante la pandemia</i>	5
1.2. <i>Condiciones materiales para la celebración de la junta telemática</i>	6
2. Régimen excepcional del artículo 3.1 del RDL 34/2020, durante el año 2021.	7
2.1. <i>Asistencia y celebración telemática de las juntas de accionistas de sociedades anónimas</i>	7
2.2. <i>Celebración telemática de las juntas de socios de sociedades de responsabilidad limitada</i>	9
III. LAS JUNTAS TELEMÁTICAS EN LA LSC.	9
1. Justificación de la norma	9
2. Previsión estatutaria	11
3. Exigencias técnicas y reglas de conexión	13
4. Verificación de los asistentes y ejercicio de los derechos de participación	14
5. Ejercicio del derecho de información durante la Junta	17
6. El acta de la Junta	17
IV. CONCLUSIÓN	18
BIBLIOGRAFÍA	19

CAPÍTULO SEGUNDO. NOTAS SOBRE EL SIGNIFICADO JURÍDICO DEL INTERÉS DE LA EMPRESA	23
José Miguel Embid Irujo	
I. INTRODUCCIÓN	24
1. Pluralidad de intereses en el moderno Derecho de sociedades.	24
2. El surgimiento (legislativo) del interés de la empresa	25
II. ¿QUÉ SIGNIFICA, COMO PUNTO DE PARTIDA, EL RECONOCIMIENTO LEGISLATIVO DEL INTERÉS DE LA EMPRESA? (EXCURSUS METODOLÓGICO)	26
1. Sobre el relieve del reconocimiento en el Derecho de sociedades de capital	26
2. Sobre la pertinencia y la operatividad del interés de la empresa fuera de las sociedades de capital	28
2.1. Premisa	28
2.2. <i>¿Existe, con relieve jurídico, el interés de la empresa fuera del Derecho de sociedades de capital?</i>	29
III. INTERÉS DE LA EMPRESA Y DERECHO (ESPAÑOL) DE SOCIEDADES DE CAPITAL: UNA INTERRELACIÓN COMPLEJA Y EVOLUTIVA	31
1. El pasado (efímero).	31
2. El presente (incierto).	35
3. La manifestación legislativa del interés de la empresa	37
4. La formación del interés de la empresa	40
4.1. <i>De nuevo sobre la interacción empresa-sociedad.</i>	40
4.2. <i>La esencial «apertura» del interés de la empresa y la necesidad de una aproximación tipológica</i>	41
5. La interacción del interés de la empresa con otros intereses presentes en las sociedades mercantiles de capital	42
5.1. <i>Consideraciones generales.</i>	42
5.2. <i>El caso particular del interés del grupo</i>	44
5.2.1. Premisa	44
5.2.2. <i>Apuntes sobre el significado jurídico-empresarial del grupo.</i>	44
5.2.3. <i>La sentencia del Tribunal Supremo 695/2015, de 11 de diciembre.</i>	45
5.2.4. <i>El interés del grupo como interés de la empresa de grupo</i>	47
6. El predominio de los administradores sociales en la configuración y promoción del interés de la empresa	48
IV. CONSIDERACIONES FINALES	51
BIBLIOGRAFÍA	52
 CAPÍTULO TERCERO. LA EXTENSIÓN DEL ÁMBITO DE LAS PERSONAS VINCULADAS A LOS ADMINISTRADORES SOCIALES (ANÁLISIS DE LAS LETRAS D Y E DEL ART. 231.1 DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL)	 55
Luis Hernando Cebriá	
I. PREÁMBULO: LA UBICACIÓN DE LAS PERSONAS VINCULADAS EN EL MARCO DEL DEBER DE LEALTAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES Y DE LOS CONFLICTOS INTERESES	56
II. DELIMITACIÓN NORMATIVA	58
1. Un primer doble enfoque: Las operaciones vinculadas y las personas vinculadas a los administradores	58
2. Un segundo doble enfoque: la extensión del concepto de administrador y el conflicto por cuenta ajena y a través de persona interpuesta	63
3. Un tercer doble enfoque: las personas relacionadas con el administrador persona física y las personas relacionadas con el administrador persona jurídica	65
III. LA FUNCIONALIDAD DEL SISTEMA PREVENTIVO EN EL MARCO DE LOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES	69

IV. LA REFORMA DEL DERECHO DE SOCIEDADES DE CAPITAL LLEVADA A CABO POR LA LEY 5/2021, DE 12 DE ABRIL, EN LA LETRA D DEL ARTÍCULO 231 DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL	71
1. Presentación: la vinculación del administrador con otras sociedades o entidades	71
2. La participación del administrador como miembro de otra entidad: del «control» a la «influencia significativa» como regla presuntiva de vinculación	72
3. El desempeño en otra entidad de un puesto en el órgano de administración: el acogimiento en el Derecho español del fenómeno de los «interlocking directorates»	78
4. El ejercicio de funciones en la alta dirección de otra entidad como supuesto de vinculación	84
V. LA INTRODUCCIÓN DE LA LETRA E EN EL APARTADO PRIMERO ARTÍCULO 231 DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL POR LA LEY 5/2021	87
1. Consideraciones generales: la vinculación con los socios representados por el administrador en el órgano de administración: del «consejero dominical» al «administrador representativo»	87
2. El «administrador representativo» y el «socio de control»: su traslación a las sociedades no cotizadas	88
3. El administrador designado por el «sistema de representación proporcional» en las sociedades anónimas	90
VI. EPÍLOGO: LA SIGNIFICACIÓN DE LAS PERSONAS VINCULADAS A LOS ADMINISTRADORES EN LAS SOCIEDADES NO COTIZADAS	91
BIBLIOGRAFÍA	92
CAPÍTULO CUARTO. APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS OPERACIONES INTRAGRUPU (ANÁLISIS DEL ART. 231 BIS LSC).	97
José Miguel Embid Irujo	
I. INTRODUCCIÓN: LA INADECUADA REGULACIÓN DE LOS GRUPOS EN EL DERECHO ESPAÑOL.	98
II. LA «DIALÉCTICA DE LOS INTERESES» EN EL SENO DEL GRUPO	99
1. El punto de partida: El interés del grupo y el interés singular de las sociedades que lo forman	99
2. Otros posibles intereses en el grupo	101
III. LA REFORMA DEL DERECHO DE SOCIEDADES DE CAPITAL LLEVADA A CABO POR LA LEY 5/2021, DE 12 DE ABRIL: SIGNIFICADO Y CARACTERES.	102
IV. SENTIDO Y FIN DEL ART. 231 BIS LSC EN EL MARCO DE LA LEY 5/2021	104
1. Presentación	104
2. Las razones del legislador, según la exposición de motivos de la Ley 5/2021	105
3. El art. 231 bis LSC desde la perspectiva del Derecho de grupos	106
V. LOS GRUPOS AFECTADOS POR LA DISCIPLINA ESTABLECIDA EN EL ART. 231 BIS LSC	107
VI. EL CONFLICTO DE INTERÉS EN LAS OPERACIONES INTRAGRUPU, COMO CENTRO NEURÁLGICO DEL ART. 231 BIS LSC.	108
1. Las operaciones afectadas	108
2. La sujeción de las operaciones a conflicto de interés	110
2.1. <i>Presentación</i>	110
2.2. <i>El interés de la sociedad dominante, el interés de la filial, el interés del grupo y el interés de la empresa</i>	111
2.3. <i>La presencia del interés general en los grupos encabezados por una fundación</i>	112
2.4. <i>¿Qué significa el término «sociedad» en el art 231 bis LSC?</i>	114
2.5. <i>La diversidad de intereses en el grupo no indica siempre conflicto entre ellos. La conveniencia de las ventajas compensatorias</i>	116
2.6. <i>La incompatibilidad de la orientación del art. 231 bis LSC con el funcionamiento ordinario del grupo</i>	117

3. El procedimiento de dispensa.	118
3.1. <i>Premisa</i>	118
3.2. <i>Los órganos competentes para la dispensa</i>	118
3.2.1. <i>La junta general</i>	118
3.2.2. <i>El órgano de administración</i>	119
3.2.3. <i>Órganos administrativos delegados</i>	119
3.2.4. <i>Miembros de la alta dirección</i>	121
VII. CONSIDERACIONES FINALES	122
BIBLIOGRAFÍA	125
CAPÍTULO QUINTO. EL DERECHO DE SEPARACIÓN EN CASO DE FALTA DE DISTRIBUCIÓN DE DIVIDENDOS Y LOS GRUPOS DE SOCIEDADES (ART. 348 BIS, 4 LSC) . .	127
M. ^a de Lourdes Ferrando Villalba	
I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL DERECHO DE SEPARACIÓN	127
1. Derecho de separación: contexto y régimen jurídico	127
2. La impugnación de los acuerdos sociales como mecanismo de protección del socio minoritario: críticas	131
3. Aspectos generales del derecho de separación por falta de reparto de dividendos	133
II. EL DERECHO DE SEPARACIÓN EX ART. 348, 4 BIS LSC	136
1. Objeto y finalidad de la norma	136
2. El ámbito de aplicación del art. 348, 4 bis LSC	137
2.1. <i>Supuestos de formulación obligatoria de cuentas consolidadas</i>	137
2.2. <i>No concurrencia de un supuesto de exclusión (art. 348 bis, 5 y D. A. 11.^a LSC)</i> . . .	141
2.3. <i>Requisitos de legitimación del socio externo</i>	144
2.4. <i>Límite al ejercicio del derecho: presupuesto objetivo alternativo en base consolidada</i> .	145
2.5. <i>Plazo de ejercicio de la acción y posibilidad de enervar la eficacia de la separación</i> .	146
2.6. <i>La valoración de las acciones o participaciones sociales del socio separado y el momento en que el socio se entiende separado de la sociedad</i>	147
BIBLIOGRAFÍA	150
CAPÍTULO SEXTO. LA TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL DE LA DIRECTIVA 2019/1023 Y LOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES EN SITUACIONES DE INSOLVENCIA INMINENTE	151
Benjamín Saldaña Villoldo	
I. PLANTEAMIENTO.	152
II. MECANISMOS DE ALERTA TEMPRANA EN PREVISIÓN DE SITUACIONES DE INSOLVENCIA.	154
1. Planteamiento de la Directiva.	154
2. Transposición de los mecanismos de alerta en la Ley 16/2022	156
2.1. <i>Tipología y mecanismos concretos adoptados por el legislador español</i>	156
2.2. <i>Responsabilidad por el funcionamiento de los sistemas de alerta temprana</i>	159
2.3. <i>Relación de los sistemas de alerta con los deberes de los administradores</i>	161
2.4. <i>Mecanismos de alerta previstos en nuestro ordenamiento con anterioridad a la Ley 16/2022</i>	163
III. DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES EN SITUACIONES DE INSOLVENCIA INMINENTE: EN TORNO A LA TRANSPOSICIÓN DEL ARTÍCULO 19 DE LA DIRECTIVA	164
1. Introducción.	164
2. Objetivo y contexto del mandato contenido en el artículo 19 de la Directiva	165
2.1. <i>Acomodación de los deberes fiduciarios de los administradores en situaciones de insolvencia inminente</i>	165
2.2. <i>Relación con el ejercicio de la discrecionalidad empresarial</i>	169
2.3. <i>Consideraciones en torno al concepto de insolvencia inminente</i>	171

3. Posición de la Ley 16/2022 y situación normativa previa en España	174
4. Sobre la conveniencia de una transposición del artículo 19 de la Directiva.	177
IV. CONSIDERACIONES FINALES	180
BIBLIOGRAFÍA	181

SEGUNDA PARTE

TEMAS DE ACTUALIDAD EN EL DERECHO DE LAS SOCIEDADES NO COTIZADAS

CAPÍTULO SÉPTIMO. LA INTERVENCIÓN NOTARIAL EN LAS JUNTAS GENERALES	185
Cristina Marqués Mosquera	
I. CONCEPTO, REGULACIÓN Y FUNDAMENTO.	185
II. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTA NOTARIAL DE JUNTA Y LA FUNCIÓN QUE DESEMPEÑA EL NOTARIO.	186
III. EL REQUERIMIENTO AL NOTARIO Y LA CELEBRACIÓN DE LA JUNTA	188
1. La rogación	188
1.1. <i>Notario competente</i>	188
1.2. <i>Legitimación para el requerimiento</i>	188
1.3. <i>Aspectos a controlar por el notario con ocasión del requerimiento</i>	193
2. La celebración de la junta	194
IV. LA EFICACIA DEL ACTA NOTARIAL DE JUNTA	198
BIBLIOGRAFÍA	200
CAPÍTULO OCTAVO. LAS PRESTACIONES DE SERVICIOS DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES DE CAPITAL. CONTENIDO MATERIAL Y CONTROL DEL CONFLICTO DE INTERESES	201
Sergio Sánchez Gimeno	
I. CONSIDERACIONES GENERALES DESDE UNA PERSPECTIVA TIPOLÓGICA	201
II. COMPATIBILIDAD DE LAS RELACIONES DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CON EL CARGO DE ADMINISTRADOR	203
1. La problemática de la retribución del administrador como punto de partida	203
2. La doctrina de la naturaleza del vínculo y la prestación de servicios de alta dirección.	206
3. La delimitación de las relaciones de servicios por razón de su objeto	207
3.1. <i>Aspectos generales</i>	207
3.2. <i>Las prestaciones de dirección técnica</i>	211
3.3. <i>Las actividades de tipo comercial. En particular, la prestación de agencia</i>	214
3.4. <i>Las prestaciones profesionales de tipo jurídico y económico</i>	216
3.5. <i>La cuestión de la laboralidad de las relaciones de prestación de servicios u obra de los administradores</i>	217
III. EL CONTROL DE LAS RELACIONES DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS U OBRA EN LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA	218
1. El sentido del artículo 220 LSC en el marco del control del conflicto de intereses de los administradores	218
2. La inaplicabilidad analógica del artículo 220 LSC a los administradores de la sociedad anónima.	220
3. El sistema de control.	221
3.1. <i>Ámbito subjetivo de aplicación</i>	221
3.2. <i>Ámbito objetivo de aplicación</i>	222
3.3. <i>El acuerdo de la Junta general</i>	224
3.4. <i>Las consecuencias del incumplimiento del sistema de control</i>	225
IV. EL CONTROL DE LAS RELACIONES DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS U OBRA EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA.	229
BIBLIOGRAFÍA	230

CAPÍTULO NOVENO. LA PROTECCIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD EMPRESARIAL COMO EXCEPCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES EN EL DERECHO ESPAÑOL (<i>Business Judgment Rule</i>)	233
Montserrat Molina Pla	
I. DEFINICIÓN Y FUNDAMENTO DE LA <i>BUSINESS JUDGMENT RULE</i>	233
II. MODELOS DE LA <i>BUSINESS JUDGMENT RULE</i>	234
1. La <i>Business Judgment Rule</i> en los tribunales de Delaware	234
2. La <i>Business Judgment Rule</i> en Alemania	236
III. LA PROTECCIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD EMPRESARIAL EN EL DERECHO ESPAÑOL	237
1. Ubicación de la norma en nuestro ordenamiento jurídico	237
2. Previa introducción jurisprudencial de la norma en España	239
3. Ámbito de aplicación de la norma	246
4. Presupuestos del artículo 226 TRLSC	247
IV. CONCEPCIÓN DE LA <i>BUSINESS JUDGMENT RULE</i> EN ESPAÑA TRAS LA INTRODUCCIÓN DEL ART. 226 TRLSC	249
1. Comparación con los modelos de Estados Unidos y Alemania	249
2. Concepción de la <i>Business Judgment Rule</i> en España	250
3. La carga de la prueba en España	252
V. CONCLUSIÓN	252
BIBLIOGRAFÍA	253
CAPÍTULO DÉCIMO. EL DEBER DE LEALTAD DESDE LA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL Y DE LAS RESOLUCIONES DE LA SECCIÓN NOVENA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA.	255
Purificación Martorell Zulueta	
I. INTRODUCCIÓN	255
II. EL CONTEXTO NORMATIVO	255
III. SITUACIONES DE CONFLICTO EN LAS QUE SE INVOCA, HABITUALMENTE, LA INFRACCIÓN DEL DEBER DE LEALTAD	260
IV. LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y SUS CRITERIOS ORIENTATIVOS	261
V. LAS RESOLUCIONES DE LA SECCIÓN 9. ^a DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA QUE ABORDAN EL DEBER DE LEALTAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL	264
VI. CONCLUSIONES.	268
BIBLIOGRAFÍA	268
CAPÍTULO UNDÉCIMO. EL CONCEPTO DE GRUPO DE SOCIEDADES Y SU EVOLUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA, CON ESPECIAL ANÁLISIS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA	269
Beatriz Ballesteros Palazón	
I. INTRODUCCIÓN	269
II. MARCO INICIAL	270
III. RESOLUCIONES JUDICIALES DICTADAS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA	273
1. Introducción	273
2. Antecedentes comunitarios	273
3. Resoluciones anteriores a la sentencia Sumal, C-882/2019	277
IV. STJUE 6 DE OCTUBRE DE 2021, SUMAL, C-882/2019	280
1. Respuesta dada a la cuestión prejudicial	280
2. Interpretaciones	283
V. RESOLUCIONES JUDICIALES POSTERIORES	285
VI. CONCLUSIONES.	291
BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA	292

ABREVIATURAS

<i>ADC</i>	Anuario de Derecho Civil
<i>ADCo</i>	Anuario de Derecho Concursal
<i>AG</i>	Die Aktiengesellschaft
Art./ Arts.	Artículo/ artículos
<i>BOE</i>	Boletín Oficial del Estado
<i>BORME</i>	Boletín Oficial del Registro Mercantil
<i>CC</i>	Código Civil
<i>CCJC</i>	Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil
<i>CCom/CdC</i>	Código de Comercio
<i>CBGSC</i>	Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas
<i>CDC</i>	Cuadernos de Derecho y Comercio
<i>CNMV</i>	Comisión Nacional del Mercado de Valores
<i>DGRN</i>	Dirección General de los Registros y del Notariado
<i>ICAC</i>	Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas
<i>LC</i>	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
<i>LEC</i>	Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000
<i>LME</i>	Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles
<i>LSC</i>	Ley de sociedades de capital
n.	Nota al pie
núm.	Número
p. / pp.	Página / páginas
<i>PGC</i>	Plan General de Contabilidad
<i>RAD</i>	Revista Aranzadi Doctrinal
<i>RDCD</i>	Revista de Derecho de la Competencia y Distribución
<i>RDBB</i>	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
<i>RDGRN</i>	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado

RDGSJFP	Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública
<i>RDM</i>	Revista de Derecho Mercantil
<i>RDMV</i>	Revista de Derecho del Mercado de Valores
<i>RdS</i>	Revista de Derecho de Sociedades
RM	Registro Mercantil
RRM	Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil
ss.	Siguientes
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
T.	Tomo
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
TRLCon.	Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal
TRLSA	Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas
vol.	Volumen
<i>ZIP</i>	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

PRESENTACIÓN

La presente obra recoge buena parte de las ponencias que fueron objeto de exposición, si bien con las oportunas adaptaciones, en el congreso sobre *cuestiones de actualidad en las sociedades de capital no cotizadas*, celebrado los días 16 y 17 de junio de 2022, bajo la dirección de la profesora Carmen Boldó Roda y el profesor Luis Hernando Cebriá, en el Salón de Actos del Il. Colegio de Abogados de Valencia. Este congreso sirvió para nutrir las ideas que se plasman en la obra colectiva que ahora recoge las ponencias y que pretende mostrar al lector, como su título indica, los cambios introducidos en la regulación de las sociedades de capital no cotizadas, dentro del marco de la continuidad y de los fenómenos que inciden en su configuración actual. Resulta obligado, por lo tanto y antes de todo, el agradecimiento a los miembros del Consejo Ejecutivo de la Sección de Derecho mercantil y de la Junta de Gobierno del ICAV, D.^a Paloma del Moral Roger, D. Alfonso Escámez Marsilla y D. Daniel Morata Sánchez-Tarazaga, por su colaboración, fundamental para que el congreso pudiera llevarse a cabo con un notable éxito de asistencia y crítica.

Las jornadas reunieron a académicos, operadores del tráfico jurídico y prácticos del derecho en torno a temas cruciales del Derecho de sociedades de nuestro tiempo. A tal efecto, las ponencias se estructuraron en torno a las cuestiones relativas a la organización de las Juntas generales, los derechos y políticos y económicos de los socios, los deberes de los administradores sociales y, por último, las que analizaron el fenómeno de los grupos de sociedades. Sobre esta base, la presente obra ha resultado separada en dos partes. La primera, de clara significación doctrinal y académica, recoge las ponencias en torno a las modificaciones habidas en el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, tras la Ley 5/2021, de 12 de abril, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas, y la posterior Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, que, a su vez, modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo

y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades. La segunda, de orientación, si se quiere, teórico-práctica, analiza, con diferentes perspectivas, notariales y jurisprudenciales, otros temas de actualidad de relevancia para nuestras sociedades de capital.

A pesar del evidente impacto que la Ley 5/2021, de 12 de abril, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas, ha tenido para estas últimas sociedades, con motivo de la trasposición de la directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, el legislador patrio ha aprovechado la reforma del texto refundido para introducir otras modificaciones normativas que afectan al resto de sociedades no cotizadas. La obra colectiva pone singular énfasis en tales aspectos, que comprenden la adaptación del régimen de la asistencia telemática de los socios a las Junta generales y el definitivo reconocimiento de las Juntas exclusivamente telemáticas, la adaptación del deber de diligencia del administrador al interés de la empresa, la ampliación del ámbito de las personas vinculadas a los administradores sociales y el nuevo régimen de las operaciones intragrupo, así como la admisión de un derecho de separación del socio en caso de falta de distribución de dividendos dentro de los grupos de sociedades. Esta parte se cierra con un capítulo, en relación con la reforma por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, para la transposición de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia, que, a su vez, ha llevado a una nueva redacción de los artículos 365 y 367 de la Ley de sociedades de capital, dedicado a la transposición al ordenamiento español de la directiva 2019/1023 y los deberes de los administradores en situaciones de insolvencia inminente.

La segunda parte tiene un enfoque distinto, si bien se centra, igualmente, en temas que son especialmente relevantes dentro del régimen jurídico de las sociedades no cotizadas y que atañen al funcionamiento de la Junta general, a los deberes de los administradores y a los grupos de sociedades. Sus capítulos abordan temas de actualidad en las sociedades no cotizadas. En primer lugar, se analiza la labor notarial en relación con el funcionamiento de la Junta general, así como las prestaciones de servicios de los administradores, ante la existencia de un eventual conflicto de intereses, que a su vez requieren, como es bien sabido, la previa aprobación de la Junta. Con otro perfil, los restantes capítulos tratan de manera separada la interpretación que nuestros tribunales han llevado a cabo del entendimiento de la protección de la discrecionalidad empresarial, que nuestro Derecho reconoce a los administradores sociales dentro de su deber general de diligencia, así como las distintas manifestaciones que han dado lugar a infracciones de su deber de lealtad. Concluye la presente obra con un capítulo dedicado a la conformación del concepto de grupo de sociedades desde la singular perspectiva del Derecho de defensa de la competencia.

En breve síntesis, la obra analiza las principales novedades introducidas en la regulación de las sociedades de capital no cotizadas en los últimos años, al paso que aúna la continuidad de nuestro Derecho de sociedades mediante el estudio de temas ya existentes. Para ello acude a una visión teórico-práctica de la realidad material y

al ordenado estudio de la revisión y la evolución jurisprudencial de los deberes de los administradores y del reconocimiento del grupo de sociedades allende nuestro ámbito, dentro de su tratamiento desde el Derecho *antitrust*. De este modo, la combinación de la academia con otros operadores jurídicos confiere una visión amplia de cada uno de los asuntos societarios analizados a lo largo y ancho de la presente obra colectiva. Aspira, en definitiva, a dar una visión global y actualizada del actual estado de la regulación de las sociedades de capital no cotizadas, que ha de ser de indudable interés a los interesados por aproximarse al entendimiento de nuestro Derecho de sociedades y a la actualización de sus contenidos.

Luis Hernando Cebriá

PRÓLOGO

En el prólogo a un libro del profesor Justino Duque, por tantos conceptos modélico (*Tutela de la minoría. Impugnación de acuerdos lesivos [art. 67 LSA]*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1957), aludía el maestro Girón Tena al notorio «interés en nuestro país por los problemas del Derecho de Sociedades». Y ese interés, continuaba el prologoísta, era seguramente debido a la promulgación de leyes tan importantes como las relativas a las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, en los primeros años cincuenta del pasado siglo, cuya entrada en vigor hizo posible, «entre otros bienes... el de agitar las cuestiones y atraer la atención hacia ellas».

Ambas regulaciones extendieron su vigencia a lo largo, prácticamente, de cuatro décadas; con todo, no sería incorrecto afirmar que muchos de los asuntos que siguen atrayendo el interés de quienes se ocupan del Derecho de sociedades de capital en la actualidad estaban ya esbozadas o contempladas, siquiera de manera esquemática, en tales leyes. Es lo cierto, por lo demás, que si contemplamos esa dilatada etapa de vigencia advertiremos de inmediato la estabilidad de la regulación, apenas afectada por algunas —escasas— reformas «ortopédicas», como diría D. Joaquín Garrigues. De hecho, hubo que esperar al ingreso de España en la Unión europea para que las leyes relativas a las sociedades de capital experimentaran cambios significativos, tanto en su estructura como en su contenido, no sólo debidos, como es notorio, a la adaptación de nuestro Derecho a las directivas europeas en materia societaria.

Transcurridas otras cuatro décadas desde entonces, la situación del Derecho español de sociedades de capital no puede considerarse precisamente estable. Ello se debe, por supuesto, a la necesaria adaptación que, de manera ya permanente, afecta a las regulaciones societarias de los Estados miembros de la Unión, cuya iniciativa legislativa en dicho ámbito ha quedado notoriamente reducida como consecuencia de la intensa y continua actividad normativa europea. Pero, al lado de ese permanente influjo, sobre nuestra disciplina inciden también numerosos elementos de diversa naturaleza a cuyas, en apariencia, apremiantes exigencias, intenta el legislador, en este caso nacional, dar el oportuno cauce. El caso, tan actual, de la digitalización, sería uno de ellos, sin perjuicio

de otros muchos temas que, agrupados bajo el amplísimo manto de la sostenibilidad o la responsabilidad social, aletean continuamente en todo trance de reforma legislativa, y no sólo por la influencia de la Unión europea, como es sabido.

En nuestros días, por lo tanto, los múltiples interesados en el Derecho de sociedades (sobre todo de capital, que son las auténticamente relevantes entre nosotros), no pueden confiar, como en el pasado, en la estabilidad de sus normas reguladoras; como primera y esencial tarea, habrán de prestar cuidadosa atención a las continuas y muchas veces intensas modificaciones que puedan experimentar, con independencia, en todo caso, de su origen y de su autor.

Esa imperiosa necesidad de «estar al día» no quedará satisfecha, por lo demás, con el conocimiento, aunque sea detallado, de la correspondiente modificación legislativa; será preciso, además, integrar los cambios en el sistema del Derecho de sociedades de capital, todavía, por suerte, existente, ya que, de lo contrario, se corre el riesgo no sólo de no entender debidamente la finalidad de la reforma, sino, sobre todo, de no llevar a la práctica con la corrección necesaria su particular contenido.

Resulta comprensible, de este modo, la frecuencia con la que en los últimos años se publican trabajos de diverso alcance y ambición sobre los más diversos aspectos de nuestra disciplina. Y si no parece dudoso que quepa prescindir de algunos de ellos, por su notoria ausencia de calidad, resulta también evidente la existencia de una amplia y valiosa bibliografía societaria entre nosotros que sirve acertadamente a las finalidades que su publicación permite presumir.

El libro al que sirven de prólogo las presentes líneas se inserta con toda nitidez en esta segunda categoría. Su origen, acertadamente expresado en la presentación llevada a cabo por el profesor Hernando Cebriá, se explica por razones de renovación normativa, de un lado, y, de otro, por la necesidad de integrar esos significativos cambios dentro de la arquitectura conceptual y sistemática del Derecho de sociedades, cuyo mantenimiento (y mejora, en su caso) ha de verse como un bien, especialmente relevante, en la línea de lo expresado en su día por el profesor Girón Tena.

No parece oportuno reiterar las pertinentes consideraciones ya expuestas por el profesor Hernando Cebriá, sin perjuicio, eso sí, de invitar al lector a adentrarse en las páginas siguientes, donde encontrará, a buen seguro, ideas y razonamientos útiles para hacer posible, aunque no siempre resulte fácil, los con frecuencia complejos mandatos del legislador. Sí considero conveniente, con todo, aludir a una circunstancia característica de las distintas disciplinas jurídicas en nuestro tiempo; me refiero a su esencial «reformabilidad», en palabras de Natalino Irti, el gran civilista italiano. Con ello se quiere aludir a la sustancial inestabilidad de los contenidos reguladores y a su dependencia de factores heterogéneos, no siempre previsibles, circunstancias éstas que, como ha habido ocasión de indicar, se advierten con toda nitidez en el Derecho de sociedades.

Y, prácticamente, sin solución de continuidad, tras intentar la «absorción», si vale el término, de las Leyes 5/2021 y 16/2022, nos encontramos con una nueva modificación de la normativa societaria, hecha posible, en esta ocasión, por la Ley 18/2022, de

28 de septiembre de creación y crecimiento de empresas. Aunque el contenido de esta nueva pieza reguladora, más allá de su retórico título, repercute en sectores diversos del ordenamiento, las implicaciones para nuestra disciplina tienen una dimensión significativa; a la vista, además, del carácter transversal de dicha Ley, hará bien el lector en no dejar de escudriñar sus numerosos rincones, pues donde menos quepa esperarlos aparecerán preceptos con indudable repercusión societaria.

Sin posibilidad de analizar en esta sede todas las cuestiones relevantes para el Derecho de sociedades contempladas en la Ley 18/2022, me referiré, para terminar este prólogo, a dos ellas, cuyo contenido heterogéneo no impide apreciar en las mismas un cierto alcance general. De un lado, hay que tener en cuenta el nuevo capital mínimo correspondiente a la sociedad de responsabilidad limitada que, sobre la base de lo ahora dispuesto en el art. 4 LSC, alcanza la cifra de un euro. De otro, es preciso atender al «reconocimiento» de las sociedades de beneficio e interés común, de acuerdo con lo dispuesto en la disposición adicional décima de la citada Ley.

En el primer caso nos sitúa el legislador ante una relevante modificación del capital social, justificada, al decir de la exposición de motivos de la Ley 18/2022, por el deseo de reducir los costes inherentes a la creación de empresas, liberándose de ese modo recursos susceptibles de ser utilizados con distintos objetivos. Aunque en otros ordenamientos se encuentra un planteamiento similar, no es seguro que tal modificación facilite efectivamente la constitución de dichas sociedades ni que, al mismo tiempo, suponga un estímulo real para que se intensifique la creación de empresas bajo esta forma jurídica entre nosotros. Téngase en cuenta, además, que, conforme establece también el art. 4 LSC, mientras las correspondientes sociedades limitadas no dispongan de un capital de tres mil euros regirán normas específicas, no exentas de cierto propósito cautelar, en lo que se refiera a su dimensión económico-financiera.

Del mismo modo que en el supuesto recién descrito, la idea de reconocer a las sociedades de beneficio e interés común como una modalidad tipológica de las sociedades de capital, tampoco responde a la necesidad de transponer norma alguna del Derecho europeo de sociedades. Se trata, más bien, de dar cauce a una iniciativa desarrollada en otros países, no muchos, por cierto, aparentemente idónea para llevar al núcleo de los empresarios mercantiles organizados en forma de sociedad intereses generales o comunes.

Tal circunstancia, posible, según creemos, antes de que se promulgara la Ley 18/2022 (de ahí el término «reconocimiento» en el título de la indicada disposición adicional), obligará a una compleja articulación de intereses en el seno de las sociedades que opten por este modelo; y es que el hecho de integrar en la causa de la sociedad ese propósito de interés común, con la concreción posterior de las correspondientes actividades en el objeto social estatutario, no ha de suponer por sí mismo la exclusión del ánimo de lucro como finalidad, igualmente característica, de las sociedades mercantiles.

De modo que, la Ley 18/2022 confirma y reitera, por si fuera necesario, la esencial «reformabilidad» del Derecho de sociedades de nuestro tiempo. No es una tendencia

exclusivamente nacional, aunque vaya adquiriendo entre nosotros una llamativa intensidad, cuya valoración, sin embargo, no puede ser positiva. Los juristas dedicados a la interpretación y aplicación de dicha materia se ven así emplazados a una constante actualización, que en muchas ocasiones supone la necesidad de contemplar cambios o alteraciones normativas desprovistos del adecuado fundamento. Más allá de las valoraciones de política jurídica, y para seguir cumpliendo con su misión, el societarista ha de disponer de muy diversos medios como instrumentos de soporte y ayuda. Ojalá este libro cumpla con tan relevante objetivo.

José Miguel Embid Irujo



COMARES
editorial

ISBN 978-84-1369-502-0



9 788413 695020