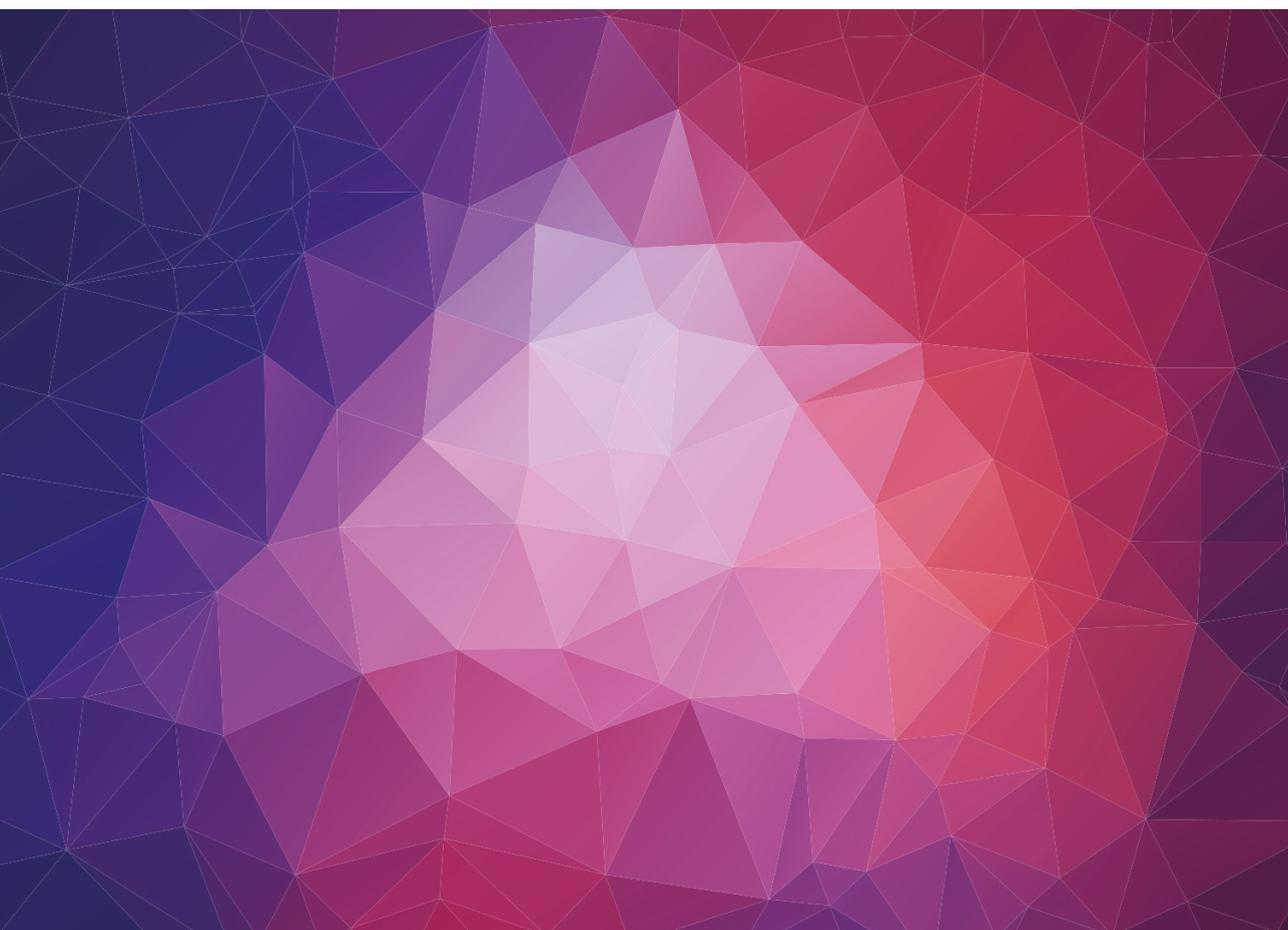


Una sociedad mercantil simplificada y digitalizada

Un ecosistema emprendedor
innovador, inclusivo y sostenible

Marta García Mandaloniz



UNA SOCIEDAD MERCANTIL SIMPLIFICADA Y DIGITALIZADA

UN ECOSISTEMA EMPRENDEDOR INNOVADOR, INCLUSIVO Y SOSTENIBLE

UNA SOCIEDAD MERCANTIL SIMPLIFICADA Y DIGITALIZADA

UN ECOSISTEMA EMPRENDEDOR INNOVADOR, INCLUSIVO Y SOSTENIBLE

MARTA GARCÍA MANDALONIZ
Universidad Carlos III de Madrid
ORCID ID. 0000-0003-0334-037X

DYKINSON

2020

© 2020 Marta García Mandaloniz

Editorial Dykinson
c/ Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid
Tlf. (+34) 91 544 28 46
E-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.com>

Preimpresión: TALLERONCE

ISBN: 978-84-1377-100-7

Versión electrónica disponible en e-Archivo
<http://hdl.handle.net/10016/30924>



Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España

*Para mi querida hija Adriana.
Como regalo por su décimo primer cumpleaños,
el primero no celebrado ni con familiares ni con amistades
aquel confinado 18 de marzo de 2020*

ÍNDICE

ABREVIATURAS	13
INTRODUCCIÓN: UNA PROPUESTA JURÍDICA INICIAL PARA UN RETO ECONÓMICO Y SOCIAL	17
PARTE I	
INTRODUCCIÓN: UNA LEGISLACIÓN INTELIGENTE PARA UN ECOSISTEMA EMPRENDEDOR EFICIENTE	29
CAPÍTULO 1: UN DECÁLOGO EFICIENTE PARA UNA LEGISLACIÓN INTELIGENTE	39
1. De la inmovilización a la innovación	39
2. De la rigidez a la flexibilidad	47
3. De la sobrerregulación a la simplificación	79
CAPÍTULO 2: UN ECOSISTEMA EMPRENDEDOR EFICIENTE POR INNOVADOR, INCLUSIVO Y SOSTENIBLE	63
1. Un ecosistema emprendedor innovador	66
1.1. Un marco regulatorio integral facilitador del emprendimiento innovador digital	68
1.1.1. Dos consultas públicas y dos propuestas de ley para la <i>startup</i> digital	70
1.2. Un marco regulatorio mercantil facilitador del emprendimiento innovador digital	81
2. Un ecosistema emprendedor inclusivo	86
3. Un ecosistema emprendedor sostenible	91
3.1. Una definición y un reconocimiento para visibilizar y potenciar a la empresa social	93

PARTE II

INTRODUCCIÓN: UNA FORMA JURÍDICA SOCIETARIA SIMPLIFICADA Y DIGITALIZADA	105
CAPÍTULO 3: HACIA LA SIMPLIFICACIÓN EN LA CONFIGURACIÓN SOCIETARIA	117
1. Con personalidad jurídica y responsabilidad limitada	123
2. Con objeto social general	130
3. Sin capital social mínimo legal	135
4. Sin valor nominal	148
5. Sin aportación patrimonial	152
6. Una sociedad simplificada	154
6.1. ¿Una sociedad simplificada con responsabilidad limitada incardinada en el derecho de las sociedades mercantiles?	158
6.2. ¿Una entidad simplificada con responsabilidad limitada separada del derecho de las sociedades mercantiles?	161
CAPÍTULO 4: HACIA LA DIGITALIZACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN SOCIETARIA	171
1. Con una tramitación electrónica	172
2. Con una tramitación electrónica y eficiente	177
2.1. Con acceso electrónico directo	178
2.2. Con cualquier tecnología	179
2.3. ¿Con o sin intermediación notarial?	182
2.4. ¿Con <i>blockchain</i> sin intermediación notarial?	189
2.5. Con identificación electrónica	200
3. Con una tramitación electrónica y eficiente, como mínimo, para la sociedad limitada y, de aparecer, para la sociedad simplificada	205
CAPÍTULO 5: HACIA LA DIGITALIZACIÓN EN LA ORGANIZACIÓN Y DECISIÓN SOCIETARIA	215
1. Sin junta general	216
2. Con junta general virtual	226
2.1. Con convocatoria por web o correo electrónico	227
2.2. Con asistencia telemática	236
2.2.1. Con asistencia telemática en la etapa COVID ¿y post-COVID?	258
2.3. Con foro electrónico	266
2.4. Con voto y delegación de voto electrónico	268

3. Con junta general “ <i>blockchainizada</i> ”	273
4. Con todo el ciclo electrónico del proceso de decisión	282
5. Con <i>blockchain</i> : ¿con junta general revitalizada o sin junta general?	287
CAPÍTULO 6: HACIA LA DIGITALIZACIÓN DEL GOBIERNO CORPORATIVO: DESCENTRALIZADO Y DISTRIBUIDO	295
1. ¿Desde la “apatía accionarial” hasta la participación avivada?	295
2. Con graduación de la maximización de la transparencia	299
3. Sin manipulación en la ejecución de la decisión	304
4. Hacia una mejor gobernanza corporativa: descentralizada y distribuida	308
CONCLUSIÓN, A MODO DE REFLEXIÓN: UNA PROPUESTA DE REFORMA DE LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA FACILITADORA DEL ECOSISTEMA EMPRENDEDOR EN LA ERA DIGITAL	315
BIBLIOGRAFÍA	329

ABREVIATURAS

AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado.
AA.VV.	Autores varios o autores desconocidos.
ABA	<i>American Bar Association.</i>
AEFI	Asociación Española de Fintech e Insurtech.
AIE	Agrupación de Interés Económico.
ASCRI	Asociación Española de Capital, Crecimiento e Inversión.
BDTR	Base de Datos de Titularidad Real.
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
BORME	Boletín Oficial del Registro Mercantil.
BRIS	<i>Business Registers Interconnection System.</i>
BWL	<i>Blockchain Work Labs.</i>
CEDRA	Centro de Investigación sobre el Derecho de los Negocios.
CEOE	Confederación Española de Organizaciones Empresariales.
CIC	<i>Community Interest Company.</i>
CIRCE	Centro de Información y Red de Creación de Empresas.
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores.
CNUDMI	Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.
CSD	Depositario Central Mundial de Valores.
DAO / DAC	Organización / Corporación Autónoma Descentralizada.
DBI	<i>Delaware Blockchain Initiative.</i>
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado.
DIRCE	Directorio Central de Empresas.
DLT	<i>Distributed Ledger Technology.</i>
DO	Diario Oficial de la Unión Europea.

EBOR	<i>European Business Organization Law Review.</i>
EBT	Empresa de Base Tecnológica.
ECFLR	<i>European Company and Financial Law Review.</i>
ECODA	<i>European Confederation of Director's Associations.</i>
ECR	Entidad de Capital-Riesgo.
ERL	Entidad de responsabilidad limitada / emprendedor de responsabilidad limitada.
ENE	Estrategia para una Nación Emprendedora.
FIAMM	Fondo de Inversión de Activos del Mercado Monetario.
FIDE	Fundación para la Investigación del Derecho y la Empresa.
FIM	Fondo de Inversión Mobiliaria.
GEM	<i>Global Entrepreneurship Monitor.</i>
GIE	<i>Groupment d'Intérêt Économique.</i>
GIEDS	Grupo Informal de Expertos en Derecho de Sociedades.
IA	Inteligencia Artificial.
IAF	Inteligencia Artificial Fuerte.
IC-A	Instituto de Consejeros Administradores.
ICAC	Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.
ICLEG	<i>Informal Company Law Expert Group.</i>
I+D+i	Investigación, Desarrollo e Innovación.
INE	Instituto Nacional de Estadística.
IP	Investigador Principal.
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
JEI	Joven Empresa Innovadora.
LIRP	Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
LSC	Ley de Sociedades de Capital.
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (derogada).
LSSI / LSSICE	Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico.

L3C	<i>Profit Limity Liability Company.</i>
MBCA	<i>Model Business Corporation Act.</i>
MFP	Marco Financiero Plurianual.
MIPYME	Micro, Pequeñas y Medianas Empresas.
NIE	Número de Identificación de Extranjero.
NIF	Número de Identificación Fiscal.
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.
ODS	Objetivos de Desarrollo Sostenible.
OEA	Organización de los Estados Americanos.
PID	Polo de Innovación Digital.
PYMES	Pequeñas y Medianas Empresas.
RCE	Revista de la Contratación Electrónica.
RDM	Revista de Derecho Mercantil.
RDN	Revista de Derecho Notarial.
RdS	Revista de Derecho de Sociedades.
RJN	Revista Jurídica del Notariado.
RMBCA	<i>Revised Model Business Corporation Act.</i>
RMV	Revista de Derecho del Mercado de Valores.
RRM	Reglamento del Registro Mercantil.
SA	Sociedad Anónima.
SAS	Sociedad por Acciones Simplificada.
SBA	<i>Small Business Act.</i>
SGR	Sociedades de Garantía Recíproca.
SLFS	Sociedad Limitada de Formación Sucesiva.
SLIG	Sociedad Limitada de Interés General.
SLIM	Simplificación de la Legislación en el Mercado Interior.
SMEs	<i>Small and medium-sized enterprises.</i>
SPE	Sociedad Privada Europea.
SRL	Sociedad de Responsabilidad Limitada.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
SUP	<i>Societas Unius Personae.</i>

TIC	Tecnologías de la Información y la Comunicación.
TRLMV	Texto Refundido de la Ley de Mercado de Valores.
TRLSA	Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (derogado).
UCC	<i>Uniform Commercial Code.</i>
UCR	<i>Unified Commercial Registry.</i>
UE	Unión Europea.
UNCITRAL	<i>United Nations Commission on International Trade Law.</i>

INTRODUCCIÓN

UNA PROPUESTA JURÍDICA INICIAL PARA UN RETO ECONÓMICO Y SOCIAL

Los juristas estamos obligados a llenar los viejos moldes con los nuevos contenidos económicos y sociales, admitiendo de antemano la posibilidad de que aquellos moldes tengan que ser profundamente reformados o acaso destruidos.

GARRIGUES DÍAZ-CAÑABETE, J., *Discurso de investidura como Doctor "Honoris Causa" por la Universidad de Génova*, 10 enero 1966.

Se abre esta disertación¹ con una propuesta jurídica incipiente para abordar un reto económico y social presente. Se idea una propuesta de remodelación del derecho mercantil de las sociedades no cotizadas para potenciar el espíritu emprendedor en un mundo globalizado y tecnificado que pretenda avanzar hacia la solidaridad, la inclusión y la sostenibilidad. El derecho mercantil societario remodelado que se trazará procurará ser un derecho societario facilitador de la iniciativa empresarial. Un derecho facilitador, no paralizador, no obstaculizador, no restrictivo. Facilitador, por ser potenciador o incentivador de la actividad empresarial privada. Para facilitar habrá que transitar hacia la simplificación, discurrendo hacia un derecho de sociedades reformado y orientado derechamente a la creación y el crecimiento empresarial. Para potenciar la creación y el crecimiento de las empresas con forma jurídico-societaria hace falta que el derecho de sociedades sea simplificado,

1 La disertación que da inicio ahora (y queda cerrada a 1 de septiembre de 2020) queda incluida dentro de las actividades de investigación del proyecto de I+D concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación, para el período 2020-2023, bajo el título: “*La simplificación del derecho de sociedades (IV). Competencia entre ordenamientos en un mercado global*” (Referencia: PID2019-105570GB-I00), y con la dirección, como investigador principal, del profesor Santiago HIERRO ANIBARRO, Catedrático de derecho mercantil de la Universidad de Alcalá de Henares.

pero también flexible e innovador. De ser simplificado, flexible e innovador, el derecho societario actuaría como un derecho-palanca.

La cuestión de cómo hacer que el derecho privado societario actúe como un derecho proactivo para la creación y la consolidación empresarial enlaza con la pregunta de cómo eliminar las trabas jurídicas que las entorpecen o, cuando menos, las ralentizan. La identificación de cuáles son los obstáculos innecesarios, para eliminarlos, enlaza con la identificación de cuáles han de ser los incentivos (públicos y privados), para implementarlos. La eliminación de aquellos y la implementación de estos –en una relación que habría de ser estrecha entre el derecho privado y el público– permitiría avanzar en el florecimiento de la iniciativa empresarial, sobre todo, innovadora y, no solo, pero en especial, innovadora tecnológica. La clave para el avance sería un derecho privado societario potenciador, combinado con un derecho público con suficientes incentivos fiscales y sin lentitud en el control administrativo de la actividad y del ejercicio empresarial.

En suma, se busca un derecho societario simplificado y digitalizado, dentro de un entramado de derecho público y privado. Su fin sería el estímulo del espíritu y de la iniciativa emprendedora en un contexto movido y movable y más que nunca necesitado de favorecer el nacimiento y el mantenimiento de las empresas para afrontar el gran reto económico y social derivado de la profunda debacle derivada de COVID-19.

Un derecho jurídico-privado especial remodelado y potenciador, en combinación con un derecho público incentivador, habría de saber dar cabida a muy distintos tipos de proyectos y actividades económico-empresariales: con o sin ánimo de lucro; con mayor o menor nivel de incorporación de la tecnología; para los sectores económicos más tradicionales o para los sectores más innovadores y tecnificados; para las micro, pequeñas e, incluso, medianas no cotizadas; y para las empresas maduras tanto como para las empresas emergentes. Para la pluralidad de los actores económicos, en suma. No solo, en definitiva, para las *start-up* con alto potencial de expansión, pero también y, en particular, para ellas para contribuir a su despegue y escalada en la presente era de la conexión y la digitalización. Esta remodelación del derecho privado de las sociedades no cotizadas (en combinación con un derecho público incentivador y no retardador) tendería, en último extremo, a favorecer la creación y el mantenimiento del autoempleo y el empleo en un futuro que no se atisba halagüeño para el trabajo, tal y como hoy lo conocemos. Ese derecho societario remodelado quizás pudiera contribuir a la implantación y el

desarrollo de nuevos trabajos por cuenta propia y, en consecuencia, también por cuenta ajena.

La reconceptualización del derecho societario trataría, en suma, de afrontar los retos que plantean de manera paralela la simplificación, la digitalización y la sostenibilidad. Si no se reflexionara sobre los cambios profundos que requiere este derecho, nos tememos que podría llegar a encorsetarse y, nos atrevemos a predecir, a paralizarse ante nuevas formas de producción en un entorno cada día más globalizado e interconectado.

Para los emprendedores digitales cuyo único espacio es la Red, el derecho vigente no está avanzando a su compás. Si no avanza, pudiera consolidarse la redirección de estos “ciberemprendedores”² hacia entornos jurídicos extranjeros más livianos, flexibles y más tecnológicos e, incluso, propiamente digitalizados; como el estonio, caracterizado por su completa digitalización (acompañado de una liviana fiscalidad)³. Quizás, incluso, hacia realidades virtuales paralelas en las que puedan crear empresas sin costes ni lentitudes. Las DAO o *decentralized autonomous organization*, basadas en códigos fuentes autónomos ejecutados con tecnología *blockchain*, se convierten en organizaciones descentralizadas y autónomas que operan sin costes o a bajos costes en los entornos de innovación del denominado “Internet del valor”. Estas realidades virtuales, que van desterrando los métodos de constitución, organización y producción tradicionales, hacen que (re) pensemos, una vez

2 En denominación empleada en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: “plan de acción sobre emprendimiento 2020. Relanzar el espíritu emprendedor en Europa” (COM (2012) 795 final, 9 enero 2013).

3 Respecto de la digitalización e, incluso, “*blockchainización*” del mercado estonio, véase, por ejemplo: KORJUS, K.: “Welcome to the blockchain nation. The World’s most advanced digital nation is helping entrepreneurs unleash the potential of blockchain technology”, *e-Residency blog*, 7 July 2017. Respecto a la redirección de los emprendedores digitales españoles hacia mercados digitalizados y, en específico, hacia el estonio, léase: PLAZA, A., “Los españoles que se hicieron e-estonios: pienso montar allí mi propia empresa”, *El Confidencial*, 13 octubre 2017. A la rapidez y facilidad en la constitución de una sociedad en Estonia se sumaría un sistema tributario favorable sin el pago del impuesto de sociedades si se reinvierten los beneficios y en el que solo se pagarían una vez repartidos los dividendos activos, bien que habría que tener en cuenta la legislación tributaria internacional en función de la residencia fiscal. A todo ello tuvimos ocasión de aludir en: GARCÍA MANDALONIZ, M.: “Hacia un sistema único de constitución de sociedades mercantiles electrónico y eficiente”, en MADRID PARRA, A. (dir.), *Derecho mercantil y tecnología*, Navarra: Aranzadi, 2018, capítulo 31, notas a pie de página 82 y 84.

más⁴, las bases sobre las que hasta la fecha se ha asentado el derecho de las sociedades mercantiles no cotizadas en España para la actividad empresarial. El (re)pensamiento nos conduce a idear un nuevo itinerario normativo no para las DAO sino para las sociedades mercantiles no cotizadas convencionales o tradicionales que promueva suficiente sencillez, innovación y flexibilidad⁵ para afrontar la disrupción que está provocando el tsunami digital⁶.

Con este replanteamiento aspiramos a contribuir a la transición del derecho de las sociedades mercantiles no cotizadas hacia una nueva economía que se mueve en dos ámbitos paralelos: de un lado, la economía digital y, de otro, la economía social y solidaria que tiende hacia la economía sostenible. El desafío del derecho de las sociedades mercantiles es afrontar este cambio económico y social y, en todo caso, digital. Esta rama del derecho ha de mantener la habilidad de adaptarse y habituarse a la realidad tecnológica de manera constante. Ahora bien, no se trata solo de irse ajustando o acoplado a los nuevos requerimientos empresariales del cambiante modelo económico-social en un contexto de ágil progreso tecnológico, sino de actuar como motor de ese cambio. Actuar como soporte y motor de las demandas empresariales y de las nuevas realidades económicas y tecnológicas, en definitiva.

El texto que en estas primeras páginas se presenta tiene la única pretensión de repensar el rol del derecho societario para convertirlo en una útil herramienta para el emprendimiento en un nuevo modelo económico-social hacia un progreso tecnológico sostenible. El (re)pensamiento y (re)planteamiento no podrá ser más que una simple y modesta contribución personal a la teoría del derecho de sociedades para la práctica empresarial. El enfoque metodológico será teórico para incitar la práctica empresarial; será este nuestro modo de intentar vincular la teoría con la práctica. Bajo este enfoque mucho más teórico que práctico se ambiciona una propuesta de política jurídica para la adaptación del derecho mercantil societario a la transformación empresarial en un mundo digital que, al tiempo, pretende progresar hacia un modelo económico-social sostenible. Nuestra propuesta tratará de apoyar los

4 El pensamiento lo traemos desde el estudio de nuestra autoría citado en la nota a pie de página previa.

5 Por un marco jurídico “bien diseñado que promueva la sencillez y flexibilidad” abogaría la Secretaría de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en su Nota de 17 de julio de 2017, p. 31, sobre los principios fundamentales de la inscripción registral de las empresas.

6 Párrafo tomado del capítulo de libro que publicamos en: GARCÍA MANDALONIZ, M.: “Hacia un sistema único...”, op. cit.

intentos de renovar el rumbo jurídico-privado societario para adaptarlo a los nuevos modelos y modos de emprendimiento con el ánimo de fomentarlos porque su fomento es prioritario. La propuesta es solo un (uno más) punto de partida, no es (no podría ser) un punto de llegada. La única aspiración es tratar de contribuir al permanente debate sobre el papel del derecho mercantil de las sociedades no cotizadas en un tráfico económico siempre cambiante y aún hoy más cambiado.

Con una visión jurídica-privada (solo en concretos extremos conectada con la visión pública) amplia (nacional, europea e internacional), en enlace con la desfavorable situación económico-social, el objetivo final es trazar una trayectoria (no la única, no la mejor) para la promoción de la puesta en marcha de los proyectos empresariales, desde los más clásicos hasta los más innovadores tecnológicos, con especial atención en los digitales. Aquella visión para la revisión del modelo jurídico-societario se focaliza en las pymes, como viene siendo habitual en nuestros trabajos desde nuestra tesis doctoral⁷. Pero, el foco principal de atención no es el de las “mes” y ni siquiera es el de todas las “py” sino, dentro de estas, el de las microempresas y, más aún, el de las nacientes, emergentes y en expansión. Tenemos la impresión (no contrastada numéricamente) que los estudios doctrinales de derecho societario publicados suelen atender más a las más grandes empresas y, en especial, a las que cotizan sus valores en el mercado bursátil. La atención en la investigación doctrinal especializada creemos (aunque la creencia quizás esté errada) que se dirige más a la sociedad cotizada que a la no cotizada y, dentro de esta, que no atiende lo suficiente a las pymes, en general, y a las microempresas, en especial, que son las que representan el 99,9%⁸ de nuestro tejido económico-productivo. Por ende, será en ellas, una vez más⁹, en las que nosotros volvamos a poner la mirada. Para comprender y atender las necesidades legislativas de las microempresas en esta era mutante, trataremos de anunciar algunas de las claves de un “micro-derecho” societario simplificado y digitalizado.

En la revisión del “micro-derecho” societario que se planteará en el pre-

7 Tesis doctoral publicada en: GARCÍA MANDALONIZ, M.: *La financiación de las pymes*, Navarra: Aranzadi, 2003, 513 pp.

8 En porcentaje recogido en: MINISTERIO DE INDUSTRIA, COMERCIO Y TURISMO: *Retrato de la PYME. DIRCE a 1 de enero de 2019*, Madrid: Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, febrero 2020, p. 1.

9 Desde nuestra tesis doctoral. Puede leerse la referencia completa de su publicación *supra* en la nota a pie de página nº 7.

sente trabajo de investigación para su simplificación y digitalización expandiremos lo que en otros estudios hemos pensado, redactado y publicado. En publicaciones previas hemos tenido ocasión de avanzar diversas ideas, en concretos aspectos como el de la agilización de la tramitación de la constitución societaria mediante un procedimiento telemático único y eficiente, o el de la virtualización de la junta general. Esas ideas seguirán aquí presentes, pero el reto pendiente es agruparlas, conectarlas y llevarlas unificadas para enlazarlas con las tendencias y estrategias nacionales, europeas e internacionales que se mueven, de un lado, hacia la simplificación; de otro, hacia la innovación; de otro más, hacia la sostenibilidad. Aquí y ahora trataremos de comprimir o extractar, en algunos casos; de exprimir, en todo caso, propuestas propias (junto con ajenas) plasmadas en anteriores investigaciones. Pero, la pretensión no es republicar esas investigaciones nuestras previas, unas veces paralelas, otras veces con intersecciones (explícitas o implícitas); sino reorganizar y reestructurar; además de añadir y complementar aquella investigación nuestra publicada con las modernas tendencias, estrategias y guías nacionales e internacionales. Conformarán estas estrategias el hilo conductor que reorganizará el presente estudio para su coordinación y extensión o expansión.

En la conclusión de esta introducción, el desafío es interrelacionar investigaciones propias anteriores desconectadas para intentar conseguir una distinta que no sea una mera refundición de lo ya escrito. Cada uno de nuestros artículos o capítulos de libros publicados anteriormente ha puesto el enfoque en un aspecto distinto, bien en el proceso electrónico de constitución societaria, bien en la junta general telemática, bien en una estrategia global para la formalización del emprendimiento. Este libro planea reunir las reflexiones y conclusiones de aquellas publicaciones –procedentes de ponencias y conferencias¹⁰– para entrecruzarlas hasta formar una imagen conjunta y, espe-

10 Citamos aquí las más recientes que hemos pronunciado sobre la materia. Así, dos ponencias impartidas en el “Seminario de la Cátedra Garrigues – Comillas de modernización del Derecho de sociedades” de la Universidad Pontificia de Comillas (ICADE), el 25 de enero de 2018, bajo estos dos títulos: “Análisis del proyecto de guía legislativa de UNCITRAL sobre los principios fundamentales de un registro de empresas” y “Análisis de la guía legislativa de la CNUDMI sobre entidades de responsabilidad limitada”. Otra ponencia en la “Jornada sobre derecho de las nuevas tecnologías” de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, el 16 de marzo de 2018, denominada: “Hacia un sistema electrónico de constitución de sociedades mercantiles eficaz”. Después, la ponencia titulada: “Emprendimiento y trabajo autónomo de la mujer”, impartida en la Universidad Carlos III de Madrid, el 9 de octubre de 2018, en el “II Seminario del Programa de la actividad de ám-

remos, coordinada y coherente. Pretende, tomando explicaciones y opiniones previas, plantear de manera aglutinadora y diferente (quizás, original) la necesidad de afrontar un cambio jurídico-privado para apoyar el emprendimiento innovador y social ante un escenario de radicales cambios económicos y sociales a los que en el presente y hacia el futuro nos enfrentamos. Si antes de la profunda herida sanitaria mundial que ha agrandado las brechas económicas y sociales de todas las naciones y, si cabe, más de nuestra nación resultaba de interés y utilidad el impulso del emprendimiento, tras aquella herida y esas brechas, resulta ineludible. El fuerte impacto de la pandemia y el consecuente estado de alarma con restricciones a la movilidad fue grande en lo que se refiere a la caída de las constituciones de sociedades mercantiles en todo el territorio nacional¹¹. Para el intento del levantamiento del número de constituciones se requerirá la aprobación de medidas de índole económi-

bito universitario relacionada con la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres: Garantizando un trabajo decente a las mujeres”. Poco después, una conferencia (“Juntas y asambleas por medios electrónicos”) dictada en el “Congreso internacional de Derecho mercantil”, celebrado en la Universidad Panamericana, en Guadalajara (México), el 25 de octubre de 2018. De nuevo, en el “Seminario de la Cátedra Garrigues – Comillas de modernización del Derecho de sociedades” de la Universidad Pontificia de Comillas (“¿Caben sociedades automáticas? : retos y riesgos de la gobernanza automática y de la transformación digital en el derecho societario”), una ponencia dictada bajo el nombre: “Impacto de la transformación digital en el derecho de sociedades: derechos de voto, formación de mayorías, ejecución de acuerdos en redes automáticas”. Por último, la ponencia: “Una estrategia global para la formalización empresarial”, impartida en la Fundación 1º de Mayo de Madrid, el 21 de noviembre de 2019.

11 Según una nota de prensa de los Registradores de España de 22 de abril de 2020 (titulada: “La constitución de sociedades disminuyó el 14,1% en el primer trimestre”), “el registro mercantil detectó en marzo una caída anual del 29,6% en las constituciones”. En la posterior nota de 20 de mayo de 2020 (bajo la rúbrica de: “Las constituciones de sociedades descendieron a la cuarta parte”), se confirmó que hubo una “fuerte caída del 72,1% en las constituciones de sociedades a nivel nacional”. En la nota de prensa de 8 de junio de 2020 del Instituto Nacional de Estadística (INE) se concretó que en abril de 2020 se crearon dos mil trescientas once sociedades mercantiles, lo que supuso un 73,4% menos que durante el mismo mes del año anterior (p. 1). Así, “en 2020 la variación mensual del número de sociedades creadas es del -65,8%” (p. 2). A lo anterior se añadió (en p. 5) que: “Todas las comunidades registran descensos anuales en el número de sociedades mercantiles creadas”. Posteriormente, en los datos provisionales de mayo de 2020, según la nota de prensa del INE fechada el 9 de julio de 2020, se apreciaba un aumento del número de sociedades constituidas (tres mil setecientos ochenta y ocho), bien que aún era un 55,9% menos que en el mes de mayo del año anterior.

ca y legal, por ejemplo, fiscal o laboral. También desde el derecho societario mercantil creemos que podría contribuirse al estímulo de un renovado tejido económico-productivo mediante su simplificación y digitalización. La aspiración de la simplificación y de la digitalización del derecho de societario ha estado recurrentemente latente en la agenda del legislador y ha sido incitada por el debate de la doctrina¹². El debate ha de reabrirse para profundizar en aquella aspiración hasta renovar y mejorar el estatuto jurídico de los empresarios colectivos en este momento de urgencia en la reconstrucción del sistema económico-empresarial¹³.

Nuestra contribución para aquella aspiración será la configuración de un “corpus” societario simplificado y digitalizado. Esa sociedad (¿o entidad?) estará en línea con el diseño de la entidad de responsabilidad limitada (ERL), también simplificada, que esboza la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNICITRAL). Habrá de ser capaz de desenvolverse esa sociedad simplificada y digitalizada sin encorsetamientos legales innecesarios en un ecosistema de emprendimiento innovador, inclusivo y sostenible como el que planeaba implementar la estrategia para una nación emprendedora¹⁴, si se engarzara con la estrategia española de la economía social¹⁵. Ambas las vincularemos con ciertos puntos del documento de reflexión de la Comisión europea hacia una Europa más sostenible en 2030¹⁶, que profundiza en la senda de la sostenibilidad de la anterior estrategia comunitaria para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador

12 Aunque referido a la simplificación del derecho de sociedades, más que a la digitalización, bien que la digitalización puede entroncar con la simplificación, así se comentaba en: HIERRO ANIBARRO, S.: “Una introducción a la simplificación del derecho de sociedades”, en HIERRO ANIBARRO, S. (dir.), *Simplificar el derecho de sociedades*, Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 17.

13 Como se planteó reabrir y profundizar en este debate de la simplificación del derecho societario, con ocasión de la anterior crisis económica iniciada en 2007-2008, en: *ibidem*, p. 22.

14 “Estrategia para una nación emprendedora” del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Dirección General de Trabajo Autónomo, de la Economía Social y de la Responsabilidad Social de las Empresas, publicada en 2018. Sobre ella tendremos ocasión de hablar en el segundo capítulo de este libro.

15 Estrategia del Ministerio de Empleo y de Seguridad Social (Dirección General de Trabajo Autónomo, de la Economía Social y de la Responsabilidad Social de las Empresas), publicada en 2018, para los años 2017-2020. Léase, al respecto, el capítulo segundo de esta obra.

16 Documento de reflexión de la Comisión europea, de 30 de enero de 2019, hacia una Europa sostenible en 2030 (COM (2019) 22 final).

de la Europa 2020¹⁷. A partir de todas estas estrategias nacionales, europeas e internacionales innovadoras, sociales y sostenibles, comenzamos.

¹⁷ “Europa 2020: la estrategia de la Unión Europea para el crecimiento y la ocupación”, conocida como: “Europa 2020: una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador” (COM (2010) 2020 final).

PARTE I

INTRODUCCIÓN

UNA LEGISLACIÓN INTELIGENTE PARA UN ECOSISTEMA EMPRENDEDOR EFICIENTE¹

Smart regulation is not about more or less legislation, it is about delivering results in the least burdensome way.

European Commission: *Stakeholder consultation on smart regulation*, April 2010.

“Europa se enfrenta a un momento de transformación”. Con esta aseveración daba comienzo el resumen de la Comunicación que la Comisión europea dictara, en marzo de 2010, sobre “Europa 2020: una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”². La estrategia “Europa 2020” constituía una visión de la economía social de mercado de la Europa de comienzos del siglo XXI³, que se ha truncado u ojalá solo se haya estancado en los tiempos de brote y rebrote del COVID-19.

Aun truncada o, como mínimo, estancada, en esa estrategia se alzó, como primera prioridad, la consecución de un crecimiento inteligente mediante una economía asentada en el conocimiento y la innovación⁴. Para catalizar el alcance y el avance hacia esta primigenia prioridad se propuso, como iniciativa emblemática⁵, el fortalecimiento de “una política industrial para la

1 En esta primera parte, a modo de introducción de los dos primeros capítulos de este libro, se toman algunas de las ideas plasmadas en la siguiente publicación de nuestra autoría: GARCÍA MANDALONIZ, M.: “Hacia un sistema único...”, op. cit., pp. 857-895.

2 COM (2010) 2020, 3 marzo 2010, p. 5 (también en p. 12).

3 En el tenor del párrafo segundo del resumen de la estrategia “Europa 2020” (p. 5).

4 Planteada en el resumen de la estrategia “Europa 2020” (p. 5) y desarrollada, acto seguido, en el texto de la citada Comunicación de la Comisión (pp. 12 y ss.).

5 Son siete las iniciativas emblemáticas que la Comisión propuso para desenvolver de manera óptima tanto por parte de la Unión Europea como de los Estados miembros las anunciadas prioridades. Además de las dos que analizaremos en nuestro texto principal, hay que mencionar las siguientes: “Juventud en movimiento”, “Una agenda digital para Europa”, “Una Europa que utilice eficazmente los recursos”, “Agenda de nuevas calificaciones y empleos” y “Plataforma europea contra la pobreza” (pp. 5-6). Sobre ellas tuvi-

era de la mundialización”⁶. Su finalidad esencial fue avivar una base empresarial capaz de competir en el ámbito mundial. Esa base empresarial ha de ser, en esta era COVID y post-COVID, avivada. A fin de avivarla, habría que recordar y atender la solicitud que hiciera en aquella estrategia la Comisión europea a los Estados miembros. Solicitó que siguieran fomentando el entorno empresarial, especialmente, de las empresas innovadoras; que continuasen avanzando en la reducción de la carga administrativa; y que mantuvieran la colaboración con las asociaciones representativas de los distintos sectores empresariales para identificar problemas y elaborar un análisis compartido que permitiera avanzar en la reducción de la carga normativa a soportar durante las primeras fases de la vida empresarial hasta la consolidación de una base industrial fuerte y competente⁷. Ese fomento, ese avance y esa colaboración son, en esta realidad mutante y mutada, indispensables.

La estrategia “Europa 2020” también tuvo, entre sus iniciativas emblemáticas, la idea de la “unión por la innovación”⁸. La intención primordial de esta unión fue facilitar el acceso a la financiación para la investigación y la innovación con el ánimo de que las ideas innovadoras se convirtieran en nuevos productos y servicios en el mercado. Las claves⁹, para ello, fueron optimizar las condiciones generales que favorecieran la innovación¹⁰; mejorar el acceso al financiamiento por medio de la consolidación de los instrumentos financieros europeos de apoyo a la innovación¹¹; y estrechar los vínculos entre

mos ocasión de realizar una descripción en: GARCÍA MANDALONIZ, M.: “La estrategia europea a favor de las pequeñas y medianas empresas y su implementación en España”, *Derecho comercial y de las obligaciones: Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*, n° 285, 2017.

6 Esta iniciativa emblemática es planteada en las páginas 19 y 20 de la Comunicación de la Comisión sobre la “Europa 2020”.

7 Estos fines se concretan, entre otras medidas específicas, en la reducción de los costes de transacción en Europa, en la mejora del acceso al financiamiento de las PYMES, en la promoción de las agrupaciones y redes empresariales, y en el refuerzo de la internacionalización de las empresas de menor dimensión; como tuvimos ocasión de citar resumidamente en: GARCÍA MANDALONIZ, M.: “La estrategia europea...”, op. cit.

8 Página 15 de la Comunicación de la Comisión sobre la “Europa 2020”.

9 Conforme queda reflejado en la página 15 de la reseñada Comunicación de la Comisión sobre la “Europa 2020”.

10 Facilitando el acceso de las pequeñas empresas a los títulos de protección de la propiedad intelectual e industrial.

11 Como, por ejemplo, los Fondos Estructurales o el Programa Marco de I+D. En el listado ejemplificativo que aparece en aquella página 15 de la Comunicación de la Comi-

la empresa y la ciencia para promover la aparición de nuevas empresas innovadoras. Su pretensión última, en fin, fue contribuir a la consolidación de un círculo virtuoso de interrelación provechosa entre la innovación y el espíritu empresarial, con el ánimo de potenciar un mercado europeo de inversión en empresas innovadoras en expansión.

También con el enfoque puesto en este año 2020 se publicaba, en enero de 2013, el “plan de acción sobre el emprendimiento 2020”¹². Este plan de acción planeó una visión renovada para relanzar el espíritu emprendedor en Europa con el convencimiento de que para recuperar y acrecentar el crecimiento y el empleo se necesitaban más emprendedores. Esta idea capital se sustentó en tres pilares centrales¹³: el primero, el desarrollo de la educación y la formación en materia de emprendimiento; el segundo, la instauración de un óptimo entorno empresarial; y, el tercero, el foco en grupos específicos vulnerables, como los desempleados, las mujeres con familias monoparentales, los inmigrantes empobrecidos o los más jóvenes. La vulneración de los colectivos vulnerables se ha ensanchado con la crisis económico-social derivada de la crisis sanitaria. El foco ha de ser (re)puesto en ellos para apoyar su emprendimiento, que será, en la mayoría de las ocasiones, no por conveniencia sino por necesidad, personal y familiar.

Emprendimiento inclusivo, de un lado, y, de otro, emprendimiento digital. Ante la pandemia, la tecnología se convierte en una gran aliada. La pandemia ha acelerado el ritmo de los cambios y ha configurado un presente y un futuro más que nunca interconectado, no de manera presencial sino digital. Convencimiento del citado plan de acción fue la necesidad de impulsar un mayor número de emprendedores subidos a la gran ola de la innovación y la digitalización. El aprovechamiento de las nuevas oportunidades para las empresas (también las pequeñas empresas) en la era digital se convirtió en una de sus líneas cardinales¹⁴. Se ansiaba que los emprendedores aprovecharan el inmenso potencial que desprenden las modernas tecnologías de la información y la comunicación (TIC). Las que lo aprovecharan bien serían las (mal)

sión sobre la Estrategia “Europa 2020”. En ella, además, se reseñan los Fondos de Desarrollo Rural, los PIC (Proyectos de Interés Común Europeos) y el Plan TEE (Plan de tecnologías Energéticas Estratégicas).

12 Comunicación de la Comisión sobre el “plan de acción sobre emprendimiento 2020. Relanzar el espíritu emprendedor en Europa”.

13 Enumerados en la página 6 del citado plan de acción.

14 Como así se desarrolla en las páginas 14 a 17 de este plan de acción. De lo indicado allá hacemos acá en nuestro texto principal un resumen.

llamadas: “ciberempresas”¹⁵. Manifestó el plan de acción sobre el emprendimiento¹⁶ que las ciberempresas emergentes son más baratas en el momento del nacimiento y tienden a crecer de forma exponencial, lo que las convierte en un vehículo idóneo para iniciar una actividad empresarial y se traduce *a priori* en ganancias elevadas. Como contrapartida, también desaparecen con mayor facilidad, implicando un superior riesgo. De cara a fortalecer sus inmensas potencialidades, los emprendedores *web* requieren una atención especial. En el ecosistema de soporte específicamente dirigido a las nuevas empresas digitales destacaron los instrumentos financieros alternativos a los bancarios¹⁷; una “red europea de mentores”, integrada por expertos que proporcionen tutoría, formación, asesoramiento y orientación práctica para la viabilidad y productividad de los negocios digitales; una “asociación europea de ciberempresas”¹⁸; un “club de líderes ciberemprendedores”¹⁹ para el refuerzo de la cultura emprendedora; y una “red europea de incubadoras y aceleradoras empresariales en Internet”²⁰. El reto de estas medidas es conectar, acelerar y financiar el emprendimiento digital.

En general, el desafío más vigente que nunca es configurar y estimular un ecosistema emprendedor inclusivo e innovador que invite a las nuevas empresas, en especial, digitales a desarrollarse y expandirse²¹. “Las empresas nuevas y jóvenes representan un ingrediente clave para la recuperación rica en empleo en Europa”²². “Suscitar una revolución empresarial es una tarea conjunta de las instituciones comunitarias y de los Estados miembros”²³, en las sentencias que enfatizamos de la Comisión europea plasmadas en dicho plan de acción. Esa “revolución empresarial” la entendemos esencial y una

15 En denominación del plan de acción sobre emprendimiento 2020.

16 En la página 15, en relación con las páginas 31 a 36.

17 Como el *crowdfunding*, los *business angels* o el *venture capital*. Así, “*Startup Europe Crowd-funding network: Startup Europe Web Investors Forum*”.

18 “*Startup Europe Partnership*”.

19 “*Startup Europe Leaders Club*”.

20 “*Startup Europe Accelerators Assembly*”. Enmarcadas en las páginas 15 a 17 de este Plan de Acción que se examina.

21 El plan de acción sobre emprendimiento 2020 fue plenamente consciente de que “a las empresas les falta a menudo un ecosistema que les permita crecer” (p. 11).

22 En la literalidad de la página 29 del plan de acción sobre emprendimiento 2020.

23 En expresión plasmada en la página 30 del plan de acción, donde se especifica que a esta tarea conjunta “tienen que comprometerse a largo plazo” tanto la Comisión como los Estados miembros.

de las claves para la recuperación del numeroso empleo perdido durante los tiempos de COVID.

El cimiento que sustenta todo lo anterior es la “agenda digital para Europa”. Fue configurada, en el mes de mayo de 2010²⁴, con el propósito de relanzar la economía europea. Hacia una “economía digital” se encaminaría la firme apuesta que después hiciera la Comisión en la Comunicación, de 6 de mayo de 2015, sobre “una estrategia para el Mercado Único digital de Europa”²⁵; con refrendo del Parlamento europeo en la Resolución de 19 de enero de 2016²⁶; y con revisión intermedia de la aplicación el 10 de mayo de 2017²⁷. Esta “estrategia trata de expandir la economía digital en la Unión Europea y derribar los muros reglamentarios”²⁸.

“Derribar los muros reglamentarios” para la economía digital, en general, y para el emprendimiento digital, en particular. Las nuevas generaciones de emprendedores que se mueven con inusitada facilidad en el espacio digital requieren –más allá de respaldo financiero y de plataformas de formación, de liderazgo y de tutela– un marco legal sin muros que las sostenga y empuje a construir y reconstruir sus actividades en esta era de la digitalización.

La legislación ha de ir adaptándose y, de ser posible, adelantándose a los muchos cambios económicos y sociales que se aproximan y entrecruzan en los caminos hacia los que conduce la “industria 4.0”²⁹. El derecho necesita

24 A través de la Comunicación, de 19 de mayo de 2010, de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, titulada «Agenda digital para Europa» (COM (2010) 245 final).

25 COM (2015) 0192 final y documento de trabajo complementario: SWD (2015) 0100. Sobre las prioridades y razones para el Mercado Único Digital en Europa, consúltese: EUROPEAN COMMISSION, *A digital single market for Europe*, 2017, 12 pp.

26 2015/2147 (INI).

27 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa a la “revisión intermedia de la aplicación de la Estrategia para el mercado único digital – Un mercado único digital conectado para todos” (COM (2017) 228 final). De forma añadida, el documento de trabajo de los servicios de la comisión que acompaña a la anterior Comunicación (SWD (2017)).

28 En la literalidad del resumen que de esta estrategia se hace en la página *web* del Consejo Europeo y el Consejo de la Unión Europea para un mercado único digital para Europa: <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/digital-single-market/> (última consulta: 1 septiembre 2020).

29 Conocido es que las bases en que esta “industria digital” se apoya son la nueva “cultura *maker*” o “DIY”; el “Internet de las cosas” o “IoT”, dotando a los objetos cotidianos de inteligencia artificial (IA) a través de la conexión a la Red; la digitalización de las fábricas

aportar soluciones capaces de adaptarse a la realidad del emprendimiento que pivota sobre la tecnología. Se requiere una legislación promotora que encauce y no encalle la iniciativa empresarial. Una legislación más promotora cuánto más innovadora sea la iniciativa empresarial. Se precisa, a modo de atalaya, una legislación incitante que fortalezca los sectores empresariales innovadores y, entre ellos, los más técnicos y tecnológicos. En suma, una legislación reformada, no parcheada, que entienda y atienda las transformaciones que afectan a los emprendedores que desarrollan sus proyectos en sectores empresariales innovadores en un espacio digital que desconoce las fronteras territoriales.

Se demanda un nuevo paradigma regulatorio para los cambios de la nueva realidad tecnológica global. *“Times are changing. Regulation must be dynamic not static. It must adapt to new situations and new needs”*. Las anteriores son palabras del expresidente de la Comisión Europea, el Sr. BARROSO, expresadas, en enero de 2009, con motivo de la satisfacción por los resultados obtenidos con la estrategia comunitaria *“better regulation”*³⁰. La Comisión lanzaba, en marzo de 2005, el programa *“legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea”*³¹; al que contribuiría el Parlamento europeo con su Resolución sobre *“legislar mejor”*, de 9 de septiembre de 2010³². En esta política europea de legislar mejor se convertiría en peldaño esencial la simplificación de la regulación para frenar la hiperregulación. Regulación simplificada para atajar una regulación hiperbólica.

Desde una *“normativa mejor”* ha de caminarse hacia una *“normativa inteligente”*³³. Para la *“smart-industry”* se busca y no siempre se encuentra una *“smart-regulation”*. El nuevo enfoque legal ha de conducir hacia la inteligencia. El concepto de *“legislación inteligente”* se asienta en la Comunicación de la Comisión europea, de 8 de octubre de 2010, rubricada: *“Normativa inte-*

o *“fábrica 4.0”*; y el sistema ciber-físico (o CPS en sus siglas en inglés), con sus conocidos ejemplos de sistemas de robótica, automáticos y autónomos o de red eléctrica inteligente.

30 Pueden leerse esas palabras en la página *web* oficial de la Unión Europea (Referencia: IP/09/131, 28 enero 2009).

31 Su desarrollo se contiene en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 16 de marzo de 2005, *“Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea”* (COM (2005) 97). A este programa aludiría después la *Small Business Act* (SBA), en su página 3 (COM (2008) 394 final).

32 P7_TA (2010) 0311.

33 Comunicación de la Comisión europea de 8 de octubre de 2010, pp. 2-3.

ligente en la Unión Europea”³⁴. Se precisa siempre una normativa con la mayor calidad posible³⁵, pero se obtiene muchas veces una maraña normativa, a la que desafortunadamente estamos habituados. Una normativa de calidad –bajo los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, y en responsabilidad compartida entre las instituciones europeas y los Estados miembros– ha de atender a la simplificación y a la reducción de los costes y las cargas administrativas en todo el ciclo legislativo: desde la concepción del acto legislativo hasta la aplicación, el cumplimiento, la evaluación y la revisión³⁶. Bajo aquellos principios y con estas atenciones, la Comisión europea propuso marchar hacia una legislación que necesariamente habría de ser clara y accesible³⁷. El trípode de la legislación inteligente sería el aligeramiento, la simplificación y el abaratamiento de la normativa aplicable hasta alcanzar una legislación clara y accesible³⁸.

Claridad y accesibilidad serían, en consecuencia, los calificativos que habrían de acompañar también al derecho societario cuya modificación se plantea desde el presente estudio para convertirlo en un derecho inteligente que actúe como motor del emprendimiento, en especial, innovador y digital. A la claridad y la accesibilidad añadiríamos nosotros la movilidad o adaptabilidad. Habría de ser una legislación móvil o movable, por su óptima aptitud para su fácil acoplamiento a las circunstancias cambiantes (y más cambiadas hoy que nunca), derivada de la inherente flexibilidad emanante de la libertad de pactos reinante. La legislación inteligente –que ha de ser clara y accesible– habría de ser en gran medida dispositiva y de mínimos. Con estos caracteres, la movilidad legislativa supondría adaptabilidad a la vertiginosa evolución económica y tecnológica³⁹. El enfoque legislativo inteligente –por claro, accesible y movable– habría de tomar en cuenta, en efecto, la evolución de la tecnología.

El derecho mercantil societario no puede ir detrás sino al compás de las cambiadas circunstancias de un emprendimiento decaído que pivota cada día

34 COM (2010) 513 final, 8 octubre 2010, 13 pp.

35 En el texto de la página 6 de la citada Comunicación de la Comisión.

36 Páginas 3-4 y 6 de la nombrada Comunicación.

37 Página 9

38 *Ídem*.

39 En el apartado D), titulado: “Un enfoque legislativo que tenga en cuenta la evolución de la tecnología”, correspondiente a los párrafos 244 y 245 de la Nota de la Secretaría de la CNUDMI de 10 de abril de 2018, sobre los principios fundamentales de la inscripción registral de las empresas, en la página 78, en coordinación con su recomendación última, la nº 58.

más sobre la tecnología. El marco jurídico-privado que afecta a los emprendedores que tienen un “chip” digital⁴⁰ necesita (re)evolucionar para adaptarse con corrección a las mutantes necesidades y oportunidades que plantea la revolución tecnológica en el modo, el lugar y el tiempo del emprendimiento. No pasa desapercibido que la digitalización industrial está mutando los modos, los espacios y los tiempos de la emprendeduría. Para el desenvolvimiento sin trabas de un emprendimiento ágil en un entorno empresarial siempre en movimiento y en los últimos meses más movido por la irrupción constante de las tecnologías hay que intentar diseñar un itinerario normativo que promueva suficiente simplicidad y flexibilidad⁴¹. El enfoque legislativo ha de ser innovador para la configuración, constitución y organización de las sociedades mercantiles no cotizadas. En definitiva, aspiramos a un “derecho societario 4.0” para la “revolución 4.0”.

Estando siempre atentos a los radicales cambios que la “cuarta revolución industrial”⁴² viene amplificando ha de reabrirse un debate que afecta al ámbito jurídico empresarial⁴³. Las disrupciones a gran escala que el espacio digital entraña han de promover reflexiones acerca de los ajustes y las mutaciones que se requieren⁴⁴ introducir también en el ordenamiento jurídico-privado especial. En el contexto esbozado va a plantearse a partir de las líneas que compondrán el próximo capítulo de la obra una deliberación a compartir o rebatir tendente a que las ventajas de la flexibilidad y la simplicidad puedan evidenciarse con mayor notoriedad y facilidad no solo en la constitución de la sociedad mercantil sino también en su configuración y en su organización interna, a través (no solo) del empleo sin cortapisas legales ni registrales de las TIC. Desde aquí se incita a discutir para, en su caso, elaborar, aprobar y publicar una legislación societaria más flexible y simplificada que la vigente,

40 La presidenta de ADIGITAL, C. SZPILKA, “aseguró que está naciendo una segunda generación de emprendedores que sí tiene ese “chip” digital”, según se reflejó en el foro El País Retina el 6 de julio de 2017.

41 Como indicábamos *supra* en la nota a pie de página nº 5 de la introducción general de este libro, la Secretaría de la CNUDMI en la Nota de 17 de julio de 2017, sobre los principios fundamentales de la inscripción registral de las empresas (p. 31), planteaba la conveniencia de un marco jurídico “bien diseñado que promueva la sencillez y flexibilidad”.

42 En la expresión acuñada por el economista K. SCHWAB, como fundador del Foro Económico Mundial.

43 Vid. MEYER, H.: “La revolución digital y lo que realmente implica”, *La Vanguardia*, 17 junio 2017 (también en: *Anuario Internacional CIDOB*, 2012).

44 *Ídem*.

con capacidad para propulsar el emprendimiento y la competitividad empresarial en un entorno tan versátil como el actual.

Con estos fines propulsores, la reforma del derecho societario sería convertirse en un derecho inteligente –claro, accesible y, añadimos, movable– en pro de la agilidad y mutabilidad del emprendimiento innovador y, dentro de él, tecnológico. El principal foco de atención puesto en los ciberemprendedores, con proyectos en los sectores económicos más nuevos e innovadores, no debería, sin embargo, hacer olvidar que el derecho de las sociedades mercantiles no cotizadas ha de atender igualmente a los sectores más tradicionales y a los emprendedores de las capas socioeconómicas más vulnerables, en vulneración cada día más acusada. El derecho societario inteligente ha de ser para todos los emprendedores que acometen un negocio y, en general, para los pequeños empresarios con negocios más o menos consolidados en el mercado que desarrollen sus actividades en cualquiera de los sectores de la economía formal o formalizada, esto es, reglamentada⁴⁵. Para todos ellos, se busca un derecho societario inteligente en un ecosistema emprendedor eficiente.

45 Así, en: GARCÍA MANDALONIZ, M.: “Fomentando la formalización del emprendimiento femenino con un registro electrónico de empresas y una entidad de responsabilidad limitada simplificada”, en BLÁZQUEZ AGUDO, E. M.^a: *Los ODS como punto de partida para el fomento de la calidad del empleo femenino*, Madrid: Dykinson, 2018, pp. 131-173.

UN DECÁLOGO EFICIENTE PARA UNA LEGISLACIÓN INTELIGENTE

Simplifying and improving existing laws - Lighten the load.

Have your say.

Better regulation: why and how.

REFIT Platform. European Commission.

A los efectos de concretar a partir de estas líneas iniciales las reflexiones en torno a un derecho de las sociedades mercantiles no cotizadas capaz de ser incentivador o potenciador del entorno empresarial, interesa subrayar la simplificación y la flexibilidad que conducen hacia la modernización e innovación de ese derecho. Con estos caracteres identificado, el derecho societario sería un derecho inteligente. Los principios esenciales que, en general, formarían un decálogo (emparejado) de una “*smart-regulation*” serían la subsidiariedad y la proporcionalidad, la simplificación y la flexibilización, la claridad y la accesibilidad, la estabilidad y la predecibilidad, además de la eficacia y la eficiencia¹. El decálogo de principios propios de la que quisiéramos denominar aquí “*smart small business regulation*” podría ser, en ese sentido, la efectividad, la flexibilidad, la simplicidad, la claridad, la accesibilidad, la movilidad, la agilidad y la facilidad conducentes hacia la digitalización y la innovación. En la innovación, la flexibilización y la simplificación pondremos un especial énfasis, acto seguido, a partir de este primer capítulo de este libro.

1. De la tradición a la innovación

La innovación es insoslayable en el entorno empresarial actual y ha de serlo también en el sistema jurídico que lo regula. Si, en más ocasiones de

¹ A la eficacia y la eficiencia, la subsidiariedad y la proporcionalidad, la simplicidad, la claridad, la estabilidad y la predecibilidad aludió el “foro Europa ciudadana” cuando estableció los principios generales de la *smart regulation*. A ellos unió el valor añadido que se ofrece al sector regulado y la consecución de beneficios amplios a costes mínimos. Sobre este “*think tank* académico europeo”, consúltese: <https://www.europaciudadana.org/> (última consulta: 1 septiembre 2020).

las deseables, en el pasado la ley ha ido detrás de los avances económicos, en el presente el “*tempo rapido*” del derecho mercantil, frente al “*tempo lento*” (cada vez menos lento) del derecho civil², debe acelerarse sin pausas en aras a hallar mejor acople con los rápidos modos de actuación empresarial que introduce la era tecnológica en la que estamos inmersos y en avance³. Siendo consciente de la necesaria reducción de la tensión entre la norma y la realidad, el legislador mercantil interno ha venido incorporando –no solo, pero, sobre todo, en la última década y media– al derecho societario las modernas técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas⁴.

Sin contar con los primeros antecedentes de las acciones representadas mediante las anotaciones en cuenta⁵ y de la presentación de la documentación contable a través de soporte informático y procedimientos telemáticos⁶,

2 Comentaría LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Manual de Derecho Civil precedido de una introducción al Derecho*, 2ª ed. Barcelona: Bosch, 1984, p. 103 (asimismo en: LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F. DE A.; LUNA SERRANO, A. (et al.): *Elementos de Derecho Civil*. T. I. Parte general. Vol. I. Introducción. 2ª ed. Madrid: Dykinson, septiembre 2000, p. 30) que “*el tráfico [mercantil] precisa [...], en general, una regulación más ágil y adaptada a la finalidad de lucro. Es como una avanzada del derecho civil tradicional, que ha quedado atrás*”. Igualmente, para AÑOVEROS TRÍAS DE BES, X.: “La razón de ser de las sociedades personalistas”, en *Estudios de Derecho Mercantil: homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid, 10 junio 1998, p. 158, “*el derecho mercantil es un derecho vivo, que [...] va por delante de cualquier otra rama jurídica*”.

3 Como sostuviera GARRIGUES DÍAZ-CAÑABETE, J.: “Setenta y cinco años de Derecho mercantil”, en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*, Madrid: Edersa, 1981, p. 279, para los nuevos hechos se precisa un nuevo derecho.

4 A la hora de examinar los medios electrónicos, informáticos y telemáticos, FERNÁNDEZ DEL POZO, L.; VICENT CHULIÁ, F.: “Internet y Derecho de sociedades. Una primera aproximación”, *RDM*, nº 237, julio-septiembre 2000, p. 928, se detuvieron a precisar que “*no son términos equivalentes, aunque es difícil distinguir unos de otros. La locución “vía electrónica” debería incluir el telefax; la “vía informática” debería reservarse, probablemente, para la presentación de documentos en soporte magnético y, por fin, la telemática para el intercambio electrónico de datos (EDI: electronic data interchange)*”.

5 Como novedad incorporada por la (derogada) Ley de sociedades anónimas de 1989.

6 Merced a este trío de Instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado: de 26 de mayo de 1999, sobre presentación de las cuentas anuales en los Registros Mercantiles mediante soporte informático y sobre recuperación de sus archivos (BOE nº 138, 10 junio 1999); de 30 de diciembre de 1999, sobre presentación de las cuentas anuales en los Registros Mercantiles a través de procedimientos telemáticos; y de 31

la progresiva sustitución del papel por las nuevas tecnologías se presentó, primero, en la constitución⁷, y después, en la organización⁸ y en la extinción⁹ de determinadas sociedades mercantiles de capitales. Con el empleo de las TIC, el punto de mira siempre ha estado centrado en imprimir aceleramiento y abaratamiento. La agilización de los trámites y la reducción de los costes han sido objetivos directos o indirectos que alcanzar mediante el empleo del sistema telemático, por ejemplo, en la tramitación para la constitución de una sociedad limitada. En efecto, el régimen jurídico-privado de las sociedades mercantiles capitalistas ha tratado de acoplarse a la veloz realidad socioeconómica incorporando las nuevas tecnologías, en lo que la doctrina especialista¹⁰ ha venido calificando como el casi desapercibido, pero imparable discurrir de la “electronificación” del derecho societario.

No ha habido inamovilidad. Como lentos corrimientos de tierras, los ajustes normativos han ido modulando los rasgos que identifican a nuestras sociedades mercantiles de capitales¹¹. Estas sociedades han ido renovando su fisonomía al compás de dichos ajustes. Pero, estos arreglos los consideramos todavía de insuficiente relieve si el deseo es (y el nuestro lo es) ofrecer desde el derecho mercantil de sociedades unas correctas respuestas a los conocidos y aún desco-

de diciembre de 1999, sobre legalización de libros en los Registros Mercantiles a través de procedimientos telemáticos (en estos dos últimos casos publicadas en el BOE nº 7, 8 enero 2000).

7 Desde la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada nueva empresa (BOE nº 79, 2 abril 2003).

8 En la organización societaria destacó la exigencia para las sociedades anónimas cotizadas del sitio *web* para el reforzamiento de la transparencia, por mor del artículo 117 de la Ley 26/2003, de 17 de julio; más conocida como “Ley de transparencia” (BOE nº 171, 18 julio 2003).

9 Con el Real Decreto 867/2015, de 2 de octubre (BOE nº 248, 16 octubre 2015), para la utilización del procedimiento telemático para el cese de la actividad y la extinción de las sociedades de responsabilidad limitada.

10 Vid. ILLESCAS ORTIZ, R.: “La continuada –y, a veces, desapercibida– electronificación del Derecho de sociedades mercantiles”, *RCE*, nº 75, octubre 2006, pp. 3-56 y, en especial, pp. 4-6.

11 “*La elaboración de nuevas fórmulas más acordes con las necesidades de la vida económica comporta inevitablemente desviaciones respecto de los modelos organizativos que integran la galería de figuras típicas*”, comentaría, en una dirección paralela, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: “La sociedad comanditaria por acciones (Artículos 151 a 157 del Código de Comercio)”, en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; OLIVENCIA, M. (dir.): *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. XIII. Madrid: Civitas, 1992, p. 70.

nocidos requerimientos del imparable emprendimiento innovador de servicios y contenidos digitales. Con este anhelo trataríamos de impulsar aún más la digitalización y, en general, la innovación en el régimen jurídico de las sociedades mercantiles no cotizadas para dar una respuesta jurídica eficaz a la necesidad de innovación en la economía empresarial. Parámetro clave en esta fase COVID es el impulso de la innovación para la transición de las empresas y, en particular, de las pequeñas empresas, hacia la digitalización¹². Se precisaría, para ello, no solo, pero también derribar las barreras jurídicas o, en otros términos (los términos empleados por las instituciones comunitarias), los “muros reglamentarios”¹³ que puedan seguir obstaculizando, por número de trámites y costes, una rápida formalización y expansión de los proyectos empresariales innovadores. Una vez constituida con más agilidad y facilidad y con menos costes una sociedad mercantil de capital no cotizada, se precisaría promover la simplicidad y la flexibilidad, agrandando la autonomía contractual, en la organización interna societaria. Buscamos, en suma, creatividad e innovación en el derecho de sociedades para un entorno empresarial que ha de ser cada vez más creativo e innovador.

Llegar a tan ansiada meta final trae consigo la ardua tarea de reformar una vez más la normativa de las sociedades mercantiles no cotizadas y de reformarla con una visión general. Una reforma global del derecho de sociedades en el ámbito mercantil no suena a tema novedoso; suena, por el contrario, a tema repetitivo¹⁴. Como el Guadiana, ha aparecido y desaparecido de modo

12 En estos parámetros pondría el énfasis el presidente de la compañía Telefónica en la Cumbre Empresarial de la CEOE, organizada en Madrid, entre el 15 y el 25 de junio de 2020. Vid. AA.VV.: “Pallette pide un “fondo de reconstrucción digital” para pymes y autónomos”, *Diario El País*, 23 junio 2020.

13 En la literalidad del resumen que de la “estrategia para el mercado único digital de Europa” (COM (2015) 0192 y su documento de trabajo complementario: SWD (2015) 0100) se hizo en la *web* del Consejo Europeo y el Consejo de la Unión Europea.

14 En la década de los años setenta comenzaron los trabajos para preparar una Ley general de las sociedades mercantiles, conforme las anotaciones que en la década de los noventa se recogieron, por ejemplo, en: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: “Una visión crítica del Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada”, en BONARDELL LENZANO, R.; MEJÍAS GÓMEZ, J.; NIETO CAROL, U. (coords.): *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid: Dykinson, 1994, pp. 85-86; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: “Ley general de sociedades: una reforma para el nuevo siglo”, en COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA; GARRIGUES & ANDERSEN: *Manuales de la reforma mercantil en España. I. Derecho, tipología y estructura de las sociedades*, Madrid: Expansión, 1999, p. 47; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: “Algunas reflexiones sobre la reforma de la Ley de sociedades de respon-

intermitente la necesidad de acometer una reforma legislativa de conjunto¹⁵. No han sido motivos de desidia sino de contrapuestos intereses en juego los que han impedido hasta el momento arribar a buen puerto un macroproyecto reformador. Si bien no se ha tocado puerto, lo atisbamos algo más cercano. El vaticinio de próximos cambios estructurales en este terreno probablemente sea solo un afán. En cualquier caso, es más una reflexión que una predicción. La predicción no es la función del jurista. Aquella reflexión, no predicción, no nos conduce a seguir pensando, dentro del sistema jurídico interno, en el aún paralizado, por criticado¹⁶, Código mercantil (que, más allá del derecho societario, trató de configurar un nuevo y global derecho mercantil codificado), tal y como fue diseñado como Anteproyecto de Ley el 30 de mayo de 2014¹⁷. No nos conduce tampoco a pensar y retomar, desde el sistema jurídico europeo, la también en parálisis, por rechazada¹⁸, Propuesta de Directiva de la socie-

sabilidad limitada”, *RJN*, enero-marzo 1992, p. 131.

15 Del año 2002 databa la propuesta de Código de sociedades mercantiles –elaborado por una ponencia especial en la Comisión General de Codificación y en cuyo articulado no podemos adentrarnos en este estudio– que, partiendo de unos principios generales ordenadores, buscaba sistematizar sin reordenar tipológicamente. Mantendría los tipos sociales existentes y, a la vez, incorporaría –en la línea en que después lo haría la “Ley de transparencia”– a la sociedad cotizada como “subtipo o tipo derivado de las sociedades anónimas y comanditarias por acciones” (Exposición de Motivos de la propuesta de Código de sociedades).

16 Como tuvimos ocasión de recoger en la nota a pie de página 101 de: GARCÍA MANDALONIZ, M.: “La cesión de créditos en el nuevo Código mercantil: adecuación a las exigencias de la moderna economía crediticia”, en MORILLAS JARILLO, M.^a J.; PERALES VISCASILLAS, P.; PORFIRIO CARPIO, L. J.: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, las críticas se extendieron entre la doctrina civilista, en particular, en relación con la unificación de la parte de obligaciones y contratos. Así, por ejemplo, consúltese, en extenso, la crítica de: GARCÍA RUBIO, M.^a P.: “Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la propuesta de Código mercantil”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 1, n^o 1, enero-marzo 2014, pp. 7-27.

17 Disponible en: http://nuevocodigomercantil.es/pdf/Anteproyecto_LEY_CMer.pdf (última consulta: 1 septiembre 2020).

18 Las reticencias se centraron en las cuestiones relativas al capital mínimo de un euro y, en paralelo, a la falta de previsión de reservas legales; al registro electrónico de la sociedad sin identificación personal e, incluso, sin intervención notarial; o al abandono del criterio de nacionalidad por el de residencia habitual, salvo excepción. Vid. LUCINI MATEO, A.: “Directiva europea sobre sociedad limitada unipersonal”, *El Notario del Siglo XXI*, 25 mayo 2015.

dad unipersonal privada de responsabilidad limitada (SUP), de 9 de abril de 2014¹⁹, enmendada por el texto transaccional del Consejo de 28 de mayo de 2015²⁰; bien que por bastantes de sus reglas convendrá discurrir durante nuestro discurso. Nos conduce, en cambio, hacia el impulso definitivo que quizás algún día pueda proporcionar en nuestra normativa societaria interna el proyecto de guía legislativa sobre la entidad de responsabilidad limitada que está preparando desde 2014 la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en siglas, en castellano e inglés, CNUDMI-UNCITRAL).

Las llaves maestras de esta guía legislativa proyectada sobre una entidad de responsabilidad limitada (ERL-CNUDMI) habrá ocasión de ir desgranándolas a lo largo de los capítulos que integran la segunda parte del presente estudio y, en especial, en aquél (el tercero) que aludirá a la configuración societaria. De modo previo y en conexión, se detallarán los principios fundamentales del registro de empresas incluidos en la guía legislativa de la CNUDMI que, en paralelo, el grupo de trabajo I de este organismo internacional ha venido estructurando para conducir hasta un sistema electrónico eficiente de constitución de las sociedades mercantiles²¹. Esta otra guía legislativa sobre la inscripción registral de empresas, aprobada en abril de 2019, corre, a su vez,

19 COM (2014) 212 final; 2014/0120 (COD). A su través se pretendía la derogación, a los veinticuatro meses desde su fecha de adopción, de la codificada Directiva 2009/102/CE, en los términos que dispuso el apartado 1 del artículo 29 de esta Propuesta.

20 Sesión del Consejo de la Unión Europea de 28 de mayo de 2015. Comunicado de prensa: 377/15, de 28 de mayo de 2015.

21 El proyecto de guía legislativa fue aprobado en el 51º período de sesiones de la CNUDMI que tuvo lugar en la ciudad de Nueva York del 25 de junio al 13 de julio de 2018 y, en concreto, el 27 de junio de 2018. Así, se indica en los documentos oficiales de la Asamblea General correspondientes al septuagésimo tercer período de sesiones (suplemento nº 17) (A/73/17), en la sesión celebrada el 27 de junio de 2018 (1074ª sesión): “Aprobación del informe del Comité Plenario y de la guía legislativa de la CNUDMI sobre los principios fundamentales de un registro de empresas”). Ya se habían fijado algunos de los aspectos de la que sería su estructura definitiva en la Nota de la Secretaría de la CNUDMI de 10 de abril de 2018. Por razones técnicas dicha Nota tuvo que ser republicada el 21 de julio de 2018. En esa Nota se incorporaron los cambios y adiciones que tuvieron lugar a raíz de las discusiones y decisiones del 30º período de sesiones del grupo de trabajo I de la CNUDMI en Nueva York del 12 al 16 de marzo de 2018 (A/CN.9/940, apartado 2º, página 3). Mediante posterior Resolución 73/197 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 20 de diciembre de 2018, se encomió a la CNUDMI por haber formalizado y aprobado el texto de esta guía (párrafo 3º). Su versión definitiva fue aprobada, en Viena, en el mes de abril de 2019.

en paralelo a la nueva Directiva (UE) 2019/2017, de 20 de junio de 2019²², de digitalización, por la que se obliga a los Estados miembros a que el proceso de constitución de las sociedades mercantiles (en España, al menos, de las sociedades de responsabilidad limitada) pueda realizarse íntegramente en línea²³, sin compareencias o presencias.

En los párrafos que se están redactando en este primer capítulo de la primera parte de esta obra no vamos a adentrarnos ni en una ni en otra guía legislativa; en conexión la segunda de las guías con la citada Directiva. Nos adentraremos en su contenido en los capítulos tercero y cuarto de la segunda parte de esta investigación. En esta primera parte tan solo quisiéramos reflejar la innovación que en la regulación propulsan estos textos internacionales y europeo de manera separada y, más aún, de forma conjunta. Es innovación por flexibilidad; es innovación por simplicidad. Es innovación en la regulación mediante simplicidad y flexibilidad para favorecer la formalización ágil y digital del emprendimiento²⁴, también del innovador.

El favorecimiento de la formalización del emprendimiento mediante la minoración de costes, tiempos y cargas administrativas afecta, en particular, a las micro y pequeñas empresas. Ellas son las principales beneficiarias de la modificación que a la Directiva (UE) 2017/1132 introduce la Directiva 2019/1151, en lo que respecta al empleo de las herramientas y de los procesos digitales en el derecho de sociedades europeo²⁵. Ellas son igualmente las beneficiarias de las labores desenvueltas por el grupo de trabajo I de la CNUDMI con las nombradas guías legislativas, bajo el principio de “pensar en lo pequeño”²⁶.

Como revisión de la documentación que sirviera de base de las deliberaciones del trigésimo período de sesiones del grupo de trabajo I de la CNUDMI que tuvieron lugar en Nueva York, del 12 al 16 de marzo de 2018, para ultimar

22 DOUE L 186, 11 julio 2019, páginas 80-104. A través de esta Directiva de 2019 se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, “en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del derecho de sociedades” (DOUE L 169, 30 junio 2017, páginas 46 y siguientes).

23 Considerandos 15º y 20º.

24 Según tuvimos ocasión de indicar en: GARCÍA MANDALONIZ, M.: “Fomentando la formalización del emprendimiento...”, op. cit., p. 137.

25 Publicada en el DO L 186, de 11 de julio de 2019. Como, así, se expone en su Considerando 8º.

26 Párrafo 2 (“proceso de reforma gradual”), p. 11, de la guía legislativa sobre los principios fundamentales de un registro de empresas.

la redacción definitiva de la guía legislativa sobre los principios fundamentales de un registro de empresas, se publicaba, el 10 de mayo de 2018, el documento complementario rubricado: “Creación de un entorno jurídico propicio para el funcionamiento de las microempresas y las pequeñas y medianas empresas (mipyme)”²⁷. En su prefacio se insistió en la situación de desventaja que sufren las mipyme y en la necesaria labor de la CNUDMI para facilitar su formalización y funcionamiento²⁸.

La formalización se traduce en visibilidad en los mercados ante el público y el Estado; en accesibilidad al sistema bancario y a las instituciones financieras para el incremento de la financiación empresarial; en extensión de las oportunidades de negocio; y en amplificación de la rentabilidad, la productividad y la competitividad empresarial²⁹. Para la facilitación de la formalización y el funcionamiento de las pequeñas empresas con tales propósitos hay que crear un “entorno jurídico propicio”³⁰ caracterizado por la reducción de trabas a través de la simplificación de los trámites y de la regulación. La instauración de ese entorno jurídico es clave para unos pequeños empresarios que –en las palabras de la introducción del proyecto de guía legislativa sobre la ERL-CNUDMI³¹– pueden ser “desde vendedores callejeros independientes que trabajan en mercados muy concurridos, a propietarios de negocios familiares pequeños que deseen ampliar y formalizar sus operaciones, hasta pequeños empresarios que intentan crecer y participar en sectores más innovadores como el de la tecnología de la información”. En estos últimos ponemos aquí nuestra particular mirada. No la desviamos, no obstante, de aquellos otros negocios pequeños o familiares que, en sectores más tradicionales, pretenden asentarse y crecer. También en los sectores económicos clásicos será necesario impulsar la innovación y digitalización para la recuperación de la economía. Para todos ellos, sean sectores de por sí innovadores, sean sectores tradicionales que para sobrevivir habrán de innovar, ha de ser una legislación innovadora, por simplificada y flexible.

27 A/CN.9/941.

28 Anexo. Introducción, p. 3.

29 Conforme detalla la Nota de la Secretaría de la CNUDMI titulada: “Reducción de los obstáculos jurídicos que afectan a las microempresas y pequeñas y medianas empresas”, de 17 de julio de 2017 (correspondiente al 29º período de sesiones del grupo de trabajo I), pp. 12-13.

30 En la expresión de la rúbrica del documento de grupo de trabajo I de la CNUDMI que se analiza.

31 En la introducción del proyecto, apartado A.1.a) “Determinación de las necesidades de los empresarios” (Anexo, p. 7).

2. De la rigidez a la flexibilidad.

El camino final hacia la innovación de la legislación nos traslada de inmediato hasta la flexibilización y, más adelante, nos transportará hacia la digitalización. Para alcanzar en este camino la parada de la flexibilidad se percibe la conveniencia e, incluso, la urgencia de configurar un marco jurídico más ágil y maleable que el vigente. De configurarse con mayor maleabilidad, podría trastocarse, hasta reestructurarse, la tipología societaria decimonónica de las sociedades de capitales. Su *nomen iuris*, incluso, podría variar si se desmontara –como la guía legislativa de la ERL-CNUDMI alienta a desmontar– el principio del capital social mínimo legal.

En ese camino nos detiene a pensar el hecho de que abunden las empresas que no acogen ningún molde societario para desenvolver sus actividades económicas³², actuando bajo las mínimas reglas del empresario individual sin el gozo del beneficio de la responsabilidad limitada –en tanto la figura del emprendedor de responsabilidad limitada (también en siglas “ERL”), que excluye la responsabilidad de la vivienda habitual, goza de escaso éxito en la práctica de nuestra economía³³–. Nos detiene a pensar también el hecho

32 Conforme a las estadísticas del Directorio Central de Empresas (DIRCE), cerradas a 1 de enero de 2019, del total de 3.355.830 empresas españolas, 1.793.897 son empresarios individuales. Consúltese: <http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=%2Ft37%2Fp201&file=inebase&L=0> (última consulta: 1 septiembre 2020).

33 Los datos del Colegio de Registradores de España no pueden ser más desalentadores. En el último trimestre de 2013 –justo después de crearse esta figura a través de los artículos 7 a 11 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (BOE nº 233, 28 septiembre 2013)– se inscribieron trece ERL. En el ejercicio de 2014 fueron cincuenta y uno, conforme a la página 6 del documento de estadísticas 2014 del Colegio de Registradores de España. Un año después fueron veintisiete los ERL registrados, según el documento de estadística mercantil del ejercicio 2015 del Colegio de Registradores de España (p. 2). REGISTRADORES DE ESPAÑA: *Estadística mercantil. Ejercicio 2014*, Registradores de España, 2015; *Estadística mercantil. Ejercicio 2015*, Registradores de España, 2016. Estos datos reflejaron un total de noventa y un ERL inscritos en el conjunto de los registros mercantiles españoles en dicho período inicial, como tuvimos ocasión de indicar en: GARCÍA MANDALONIZ, M.: “El emprendedor ¿de responsabilidad limitada?”, en HIERRO ANIBARRO, S. (dir.): *Un nuevo estatuto para el empresario individual*, Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 423 y notas a pie de página nº 199 y 200. Para actualizar estas cifras, recurrimos a las estadísticas registrales del año 2019. En la página 3 de: REGISTRADORES DE ESPAÑA: *Estadística mercantil. Ejercicio 2019*, Registradores de España, 2020, se expone literalmente: “Durante el año 2019 se

de que en no pocas ocasiones se desarrollen las actividades empresariales industriales o comerciales bajo los formatos de las sociedades civiles y de las comunidades de bienes (empresariales)³⁴, no concebidas con los fines de intervenir en la producción de bienes o servicios³⁵. Nos detiene a pensar el hecho de que, incluso, los emprendedores españoles constituyan la sociedad o trasladen luego la sede principal fuera de la geografía española buscando en el exterior normas de constitución y organización más livianas y, en general, una regulación más sencilla e incentivadora. Estos pensamientos nos conducen derechamente a sostener la conveniencia de una mayor flexibilidad en la configuración y en la organización societaria; aparte y, sobre todo, de una fiscalidad más favorable y de una financiación más accesible para que exista un exitoso ecosistema emprendedor innovador.

La complejidad todavía inherente en la legislación societaria vigente es un coste en sí mismo a considerar. Por ello, echamos en falta “plasticidad regulatoria”³⁶. Para alcanzar esa plasticidad habría que dotar al derecho societario de más reglas dispositivas que maximizasen la autonomía de la voluntad y que, sin descuidar los intereses ni de los socios ni de los terceros acreedores, ahorrasen costes administrativos y cargas burocráticas en el momento fundacional y a lo largo de la vida social³⁷. Con el ahorro se favorecería una continua

han constituido mediante su inscripción en el Registro Mercantil competente un total de diez emprendedores de responsabilidad limitada (igual que en 2018)”. Razones para esta escasa aceptación práctica las describimos en el capítulo del libro que acaba de ser citado en la presente nota a pie de página.

34 En extenso, sobre las comunidades de bienes empresariales, conviene leer con detenimiento e interés: MUÑOZ DELGADO, C.: “Comunidades que ejercen actividad empresarial”, *Revista de Derecho UNED*, nº 18, 2016, pp. 597-623.

35 En detalle, léase: GÓMEZ LIGÜERRE, C.: “El renacimiento de los tipos societarios contractuales y asociativos”, en HIERRO ANIBARRO, S. (dir.): *Simplificar el derecho de sociedades*, Madrid: Marcial Pons, 2010, pp. 184 y siguientes.

36 En metáfora a la plasticidad neuronal.

37 El Informe, de 23 de noviembre de 2000, del Parlamento Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento en relación con el reexamen del proyecto sobre la “simplificación de la legislación en el mercado interior” (SLIM) (Final A5-0351/2000) reseñó, en el Considerando B y en la Exposición de Motivos, cómo “*las investigaciones llevadas a cabo por la OCDE demuestran que entre el 4% y el 6% del producto interior bruto de los Estados miembros de la Unión Europea es absorbido por los trámites burocráticos. Estos trámites perjudican a la competitividad de las empresas en el mercado mundial y constituyen una amenaza para el empleo*”. Por ello, propuso “*la lucha contra la legislación superflua y la limitación de los costes que conlleva la aplica-*

adaptación al cambio. En último extremo, se beneficiaría la competitividad y la productividad empresarial.

El régimen jurídico por el que en varias de nuestras publicaciones pasadas hemos venido apostando³⁸ y por el que en la presente reforzamos la apuesta no implicaría un mero retoque cosmético del tradicional sino uno reformulado o *ex novo* suficientemente flexible para adaptarse a las necesidades y singularidades de las nuevas empresas, muchas de las cuales habitan en el entorno digital. El fin último de esta apuesta reforzada (quizás también forzada) es promover la simplificación de una parte de nuestro derecho de sociedades: aquella que regula a las sociedades no cotizadas que albergan más micro que pequeñas, más pequeñas que medianas y más medianas que grandes empresas³⁹.

3. De la sobrerregulación a la simplificación⁴⁰

La flexibilización habría de venir acompañada inexorablemente de la simplificación. La simplificación de la regulación viene siendo una tendencia contemporánea internacional⁴¹. También ha venido siéndolo de las instituciones comunitarias en las iniciativas y los trabajos desenvueltos en favor del emprendimiento.

Echando la mirada hacia el pasado y sin contar con antecedentes más

ción de la legislación". Desde noviembre de 2006, la Comisión Europea está sumergida en la estrategia "*Better Regulation in the European Union*" con la que pretende simplificar las medidas y costes económicos. Uno de los campos en los que se ha comprobado que hay mayor potencial para la reducción administrativa es, precisamente, el derecho de sociedades. Vid. *infra* las nota a pie n^o 41 y siguientes y su correspondiente texto principal.

38 Especialmente, en las siguientes publicaciones de nuestra autoría: GARCÍA MANDALONIZ, M.: "El cuestionado sentido del régimen jurídico del capital social", en HIERRO ANIBARRO, S. (dir.): *Simplificar el derecho de sociedades*, Madrid: Marcial Pons, 2010, pp. 253-348; "Fomentando la formalización del emprendimiento...", op. cit., pp. 131-173.

39 Vid. MINISTERIO DE INDUSTRIA, COMERCIO Y TURISMO: *Retrato de la PYME...*, op. cit., p. 1.

40 La base principal de este apartado se toma de nuestra siguiente publicación: GARCÍA MANDALONIZ, M.: "La estrategia europea...", op. cit., pp. 827-848.

41 En específico, sobre la tendencia a la simplificación en el ámbito societario, léase, por ejemplo: REYES VILLAMIZAR, F.: *SAS: La sociedad por acciones simplificada*, Colombia: Legis, 2^a ed., 4^a reimpresión, junio 2012, pp. 27-31.

remotos⁴², la Comisión europea ponía en movimiento, en mayo de 1996, la “iniciativa SLIM” (*Simpler Legislation for the Internal Market*)⁴³, de cara a disminuir el complejo entramado normativo que afectaba a las empresas. Debido a que consideró que no era factible abordar la simplificación de una vez, decidió avanzar por fases y sectores. Interesa resaltar aquí la fase IV⁴⁴ –anunciada desde octubre de 1998⁴⁵ y con comienzo en enero de 1999–, por cuanto se centró –según predijo el plan de acción para el mercado único⁴⁶– en el derecho de sociedades⁴⁷. Entre las conclusiones a las que se llegó se subra-

42 Los antecedentes de la política europea de simplificación normativa los hallará el lector interesado en: HIERRO ANIBARRO, S.: “La política comunitaria de simplificación del derecho de sociedades”, en HIERRO ANIBARRO, S. (dir.): *Simplificar el derecho de sociedades*, Madrid: Marcial Pons, 2010, pp. 67 y siguientes.

43 Comunicación de la Comisión: “Simplificación de la Legislación en el Mercado Interior (SLIM): proyecto piloto” (COM (96) 204 final, 8 mayo 1996, 17 pp.). SLIM se puso en marcha por parte de la Comisión en mayo de 1996 gracias a la Comunicación: “Simplificación de la Legislación en el Mercado Interior (SLIM): proyecto piloto” (COM (96) 204 final, 8 mayo 1996, 17 pp.). Desde entonces, esta iniciativa voluntaria ha ido pasando por diversas fases para examinar distintos ámbitos de la reglamentación europea. Los resultados de la primera fase, concluida en 1996, en torno a las áreas normativas de las plantas ornamentales, Intrastat, el reconocimiento de títulos académicos y los productos de construcción, se describieron en el documento COM (96) 559 final, 6 noviembre 1999, mientras que los de la segunda (IVA, fertilizantes, servicios bancarios y nomenclatura combinada para el comercio exterior) fueron recogidos en: COM (97) 618 final, 24 noviembre 1997. La tercera fase se inició en marzo de 1998 (SEC (98) 559, 26 marzo 1998) para cubrir los sectores de la coordinación de la seguridad social, los seguros y la compatibilidad electromagnética. La cuarta fase (SEC (1998) 1944: “Legislación más sencilla para el mercado único (SLIM): ampliación de una cuarta fase”), es la que, a nuestros efectos, interesa y, dentro de ella, la parte relativa a la legislación societaria, descartando las referidas a los envases previos y las sustancias peligrosas. Léanse, al respecto, el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre los resultados de la IV fase de SLIM (COM (2000) 56 final, 4 febrero 2000) y *SLIM Group’s Final Proposals 1999* (COM XV/6037/99).

44 Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativo a los resultados de la cuarta fase de SLIM (COM (2000) 56 final, 4 febrero 2000, 22 pp.)

45 El anuncio apareció en el documento: “Legislación más sencilla para el Mercado Único (SLIM): ampliación a una cuarta fase” (SEC (1998) 1944, octubre 1998).

46 CSE (97) 1 final, 4 junio 1997, p. 4.

47 En particular, en la Primera y Segunda Directivas comunitarias en materia de sociedades. Huelga recordar que originalmente la Primera Directiva de sociedades se aprobó por la Directiva 68/151/CEE, del Consejo, de 9 de marzo de 1968, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades

yó el consenso de que algunas disposiciones normativas, como las relativas a la creación de una empresa, necesitaban ser sustituidas por otras menos gravosas.

Antes del comienzo de la fase IV, había arrancado desde esa política de simplificación reglamentaria propulsada por SLIM, la Recomendación 97/344/CE de la Comisión, de 22 de abril de 1997, sobre la mejora y la simplificación de las condiciones para la creación de las empresas⁴⁸. Su prioridad sería simplificar los procedimientos y los trámites para la creación de las empresas. Para conseguir tal prioridad, contenía una serie de invitaciones a los Estados miembros. La primera, la instalación de un punto de contacto único entre las empresas y los poderes públicos⁴⁹, con un formulario de registro donde reunir la documentación exigida para registrar una nueva empresa⁵⁰, garantizando que los diversos departamentos de la Administración Pública evitaran la repetición de formularios y los lugares de información y comunicación⁵¹. La segunda, la necesidad de un único número de identificación para el contacto de la empresa con las diversas Administraciones⁵². La tercera, la posibilidad de que las empresas rechazaran una solicitud de información no confidencial si estaba disponible en otro departamento administrativo⁵³. La cuarta, la mayor sencillez y rapidez en la obtención de las autorizaciones, licencias y permisos requeridos para emprender⁵⁴. La quinta, el uso intensivo

definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros (DO L 65, 14 marzo 1968, pp. 8-12). Más tarde, sería modificada por la Directiva 2003/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2003 (DO L 221, 4 septiembre 2003, pp. 13-16) y por la Directiva 2006/99/CE, de 20 de noviembre de 2009 (DO L 363, 20 diciembre 2006, pp. 137-140). Finalmente, se derogaría y sustituiría por la Directiva 2009/101/CE, de 16 de septiembre de 2009 (DO L 258, 1 octubre 2009, pp. 11-19). Por su parte, la Segunda Directiva de sociedades se aprobaba por medio de la Directiva 77/91/CEE, del Consejo, de 13 de diciembre de 1976 (DO L 26, 30 enero 1977, pp. 1-13); quedando derogada después por la Directiva 2012/30/UE, de 25 de octubre de 2012 (DO L 315, 14 noviembre 2012, pp. 74-97). Una codificación parcial a escala europea del derecho societario plantearía después la Directiva (UE) 2017/1132, de 14 de junio, sobre determinados aspectos del derecho de sociedades (DO L 169, 30 junio 2017, pp. 46-127).

48 DO L 145, 5 junio 1997, pp. 29-51.

49 Considerandos 10 a 12 y artículo 4.b).

50 Considerandos 13 a 15 y artículo 4.a).

51 Artículo 4.d).

52 Considerando 16 y artículo 4.c).

53 Artículo 4.e).

54 Considerandos 17 a 19 y artículo 4.g).

y la aplicación de las TIC a la hora de transmitir, autentificar y difundir la información facilitada⁵⁵. Y, la sexta, la introducción del silencio positivo en las solicitudes de creación de empresas⁵⁶. En suma, alentar el espíritu emprendedor, minimizando las formalidades y los costes de adaptación que la reglamentación produce en las empresas nuevas y de menor tamaño, se convertiría en la recomendación global de SLIM. La prueba de tolerancia, desde entonces, instaurada se condensó en el aforismo “*think small first*”⁵⁷ o, en la traducción al español, pensar primero a pequeña escala.

Con la intención de proseguir estimulando la iniciativa emprendedora, la Comisión europea recibía del Consejo europeo de Ámsterdam de 16 y 17 de junio de 1997 la invitación⁵⁸ de fundar un grupo operativo para la simplificación del entorno empresarial. Este grupo adoptó el nombre de BEST (*Business Environment Simplification Task-Force*) y propagó el compromiso de reducción del entorno normativo asumido en la iniciativa SLIM. Su trabajo consistió en examinar la reglamentación para tratar de aumentar su calidad, reduciendo la carga administrativa que soporta una compañía desde que comienza sus primeros pasos en el tráfico mercantil⁵⁹. Las recomendaciones incluidas en el volumen I del Informe final de BEST, de mayo de 1998⁶⁰, en-

55 Artículo 4.f).

56 Artículo 4.h.

57 Considerando 6.

58 Fue aceptada el 30 de julio de 1997.

59 Así se desprende de la carta que el presidente de BEST (el profesor C. E. OBE) envió a C. PAPOUTSIS, como miembro de la Comisión Europea, el 30 de abril de 1998.

60 En aplicación de las recomendaciones del volumen I (y II) del Informe final de BEST, puede leerse la siguiente documentación inicial: Comunicación de la Comisión al Consejo: “Fomento del espíritu empresarial y la competitividad”. Respuesta de la Comisión al Informe del Grupo Operativo BEST y sus recomendaciones (COM (1998) 550 final, 30 septiembre 1998, 31 pp.); Documento de trabajo de los servicios de la Comisión: Resumen de los resultados de las mejores prácticas y actividades conexas en el ámbito de la política empresarial (SEC (2000) 1824, 26 octubre 2000, 14 pp.); Documento de trabajo de los servicios de la Comisión: Informe sobre la ejecución del Plan de Acción para promover el espíritu empresarial y la competitividad (SEC (2000) 1825, 27 octubre 2000, 52 pp.); Documento de trabajo de los servicios de la Comisión: Hay que seguir mejorando. Una política empresarial para mejorar la competitividad europea (SEC (2000) 1942, 9 noviembre 2000, 11 pp.); “Plan de Acción para promover el espíritu empresarial y la competitividad”, del grupo operativo para la simplificación del entorno empresarial (BEST). Un informe publicado en el año 2000 sobre la aplicación de este Plan de Acción del grupo operativo BEST se halla en: SEC (2000) 1825, 27 octubre 2000, 52 pp. (vol. I), 119 pp. (vol. II).

lazon de manera directa o indirecta con la supresión de las barreras administrativas y la colocación de pasarelas hacia la creación y supervivencia empresarial. De manera principal y directa, fueron cinco las recomendaciones propuestas. La primera, la reforma para la simplificación de la regulación, como hito preeminente de la política pública. La segunda, el análisis del impacto que la legislación causaba en las pequeñas empresas, como aspecto clave para determinar su contenido y alcance. La tercera, el aligeramiento de los procedimientos administrativos. La cuarta, la adopción de iniciativas por parte de los Estados miembros que fuesen facilitadoras de la iniciativa empresarial. Y, la quinta, la implantación de óptimos servicios de asesoramiento e información para la creación de empresas y para la superación de las fases críticas de su desarrollo.

La simplificación volvería a convertirse un par de años después en el pilar⁶¹ de sustento de la “carta europea de la pequeña empresa”⁶². Como instrumento de carácter no vinculante, esta carta daba respuesta a los compromisos asumidos en el previo Consejo europeo extraordinario de Lisboa, de 23 y 24 de marzo de 2000⁶³, por el que se había configurado la denominada

61 Como también fue el pilar de la “Carta de Bolonia sobre políticas de las pymes” que aprobó la OCDE el 15 de junio de 2000.

62 Esta carta fue adoptada por el Consejo de Asuntos Generales de 13 de junio de 2000 y asumida por el Consejo Europeo de *Santa Maria da Feira* los días 19 y 20 de junio de 2000. La carta europea de la pequeña empresa se recogió en el Anexo III de las conclusiones de la Presidencia portuguesa en el Consejo Europeo de *Santa Maria da Feira* (Boletín UE 6-2000). Accesible a través del siguiente link: http://www.ipyme.org/es-ES/UnionEuropea/UnionEuropea/PoliticaEuropea/Documents/NB4302600ESC_001.pdf (última consulta: 1 septiembre 2020).

63 *Press Release*: Lisbon (24/3/2000) Nr: 100/1/00. Compruébese la referencia a esta Estrategia de Lisboa en la Comunicación de la Comisión sobre políticas de apoyo al empleo de 1 de marzo de 2000 (COM (2000) 78 final, 26 pp.) o en la Comunicación acerca de los instrumentos comunitarios de financiación específicos de las pymes de 18 de octubre de 2000 (COM (2000) 653 final, p. 6). Además, los antecedentes inmediatos del apoyo y estímulo comunitario al ambicioso proyecto del Consejo de Lisboa en torno a la simplificación y a la consolidación de la sociedad de la información se encuentran en los siguientes documentos de la Comisión: “Europe. Una sociedad de la información para todos. Comunicación sobre una iniciativa de la Comisión para el Consejo Europeo extraordinario de Lisboa los días 23 y 24 de marzo de 2000” (COM (1999) 687 final, 8 diciembre 1999, 16 pp.) y “eEurope. Una sociedad de la información para todos. Informe de avance para el Consejo Europeo extraordinario sobre Empleo, Reforma Económica y Cohesión Social -Hacia una Europa basada en la Innovación y el Conocimiento. Lisboa,

“estrategia de Lisboa” con el propósito de convertir a Europa en “la economía del conocimiento más competitiva y dinámica del mundo” para la mejora del empleo y de la cohesión social. Con la carta europea de la pequeña empresa⁶⁴ los Estados miembros y la Comisión europea se instaron a acometer acciones de apoyo político y legislativo a favor de las micro y pequeñas empresas bajo aquel lema de “pensar primero a pequeña escala”⁶⁵. Fueron diez los lineamientos de actuación⁶⁶ que la carta persiguió: la simplificación de la legislación y reglamentación; la educación en el espíritu empresarial; una formación adecuada a las necesidades de la pequeña empresa; la optimización de las oportunidades derivadas del Mercado Único; la mejora de la fiscalidad y del financiamiento de las empresas de reducida talla; la promoción de la

23 y 24 de marzo de 2000” (COM (2000) 130 final, 8 marzo 2000, 31 p.). El Consejo Europeo de Lisboa no sería sino un paso más en el camino, que proseguiría a través de: “eEurope 2002. Una Sociedad de la Información para todos. Proyecto de plan de acción preparado por la Comisión Europea para el Consejo Europeo de Feira 19 y 20 de junio de 2000” (COM (2000) 330 final, 24 mayo 2000, 33 pp.); Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: “Construir una Europa empresarial. Actividades de la Unión en favor de la pequeña y mediana empresa (pyme)” (COM (2001) 98 final, 1 marzo 2001, 50 pp.); Informe provisional de la Comisión al Consejo Europeo de Estocolmo: “Mejorar y simplificar el marco regulador” (COM (2001) 130 final, 7 marzo 2001, 17 pp.).

64 Para la ejecución dentro de la Unión Europea de la carta europea de la pequeña empresa se dictaría, nueve meses después de su aprobación, la Decisión 2000/819/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 2000, relativa al “Programa plurianual en favor de la empresa y el espíritu empresarial, en particular para las pymes (2001-2005)” (DO L 333, 29 diciembre 2000, pp. 84-91). La propuesta de este programa plurianual de la empresa y el espíritu empresarial para los años 2001-2005 data del 26 de abril de 2000; en sustitución del tercer programa plurianual en favor de las pymes (1997-2000) que había sido adoptado por la Decisión 97/15/CE del Consejo, de 9 de diciembre de 1996. DO L 6, 10 enero 1997, pp. 25-31.

65 Como se afirma en el segundo y sexto párrafos del prólogo de la propia carta europea de la pequeña empresa.

66 Observar y evaluar la aplicación de cada una de las diez líneas de actuación en favor de las pymes a las que se comprometieron los firmantes de esta carta europea fue la finalidad para la que se dictaron los sucesivos informes anuales de aplicación, a través de, entre otras, las siguientes Comunicaciones de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: COM (2001) 122 final, 7 marzo 2001, 4 pp.; COM (2002) 68 final, 6 febrero 2002, 37 pp.; COM (2003) 21 final, 21 enero 2003, 48 pp.; COM (2005) 30 final, 8 febrero 2005, 15 pp. Vid. LLORENTE PÉREZ, A.: “Informe sobre la aplicación de la carta europea de la pequeña empresa”, *Unión Europea Aranzadi*, nº 32, 2005, pp. 9-10.

capacidad tecnológica de las pequeñas empresas; el apoyo a la globalización de la pequeña empresa en el entorno de la denominada entonces “nueva economía”, caracterizada por la digitalización; la intensificación de la eficacia en la representación de los intereses de la pequeña empresa a escala comunitaria y nacional; el aumento del acceso en línea en la comunicación de la Administración Pública con el sector de la pequeña empresa (dentro de la política de *e-government*); junto con la puesta en marcha menos costosa y más rápida de una empresa a través de la inscripción registral *on-line*.

También con encuadramiento en la estrategia de Lisboa⁶⁷, se aprobaría, en enero de 2003, el Libro verde sobre “el espíritu empresarial en Europa”⁶⁸, donde tendría fiel reflejo la burocracia administrativa como una de las principales barreras a derribar por la obstaculización del emprendimiento⁶⁹. Porque soportan las empresas de menor tamaño una carga reglamentaria desproporcionada con respecto a las empresas de superior tamaño⁷⁰, la Co-

67 La primera Conferencia de Ministros europeos de pymes –rubricada: “Hacia un nuevo entorno para el emprendedor del Siglo XXI”, celebrada en el Palacio Real de Aranjuez el 23 de febrero de 2002–, así como el Consejo Europeo de Barcelona de 15 y 16 de marzo de 2002, seguirían mostrando un fuerte compromiso para avanzar en aquella estrategia de Lisboa hacia la mejora y la simplificación del marco regulador para el fomento de la nueva economía del conocimiento y la sociedad de la información, aprovechando las oportunidades que ofrecen las modernas tecnologías para apoyar a las nuevas empresas en la fase inicial de puesta en marcha. Véase: *Press Release*: Barcelona (16/3/2002). SN 100/2/02 REV 2 (es). También la Resolución del Parlamento Europeo de 28 de febrero de 2002 sobre la estrategia para el pleno empleo y la inclusión social en el marco de la preparación de la Cumbre de la primavera de 2002 de Barcelona (DO C 293 E, 28 noviembre 2002, 7 pp. [P 5_TA (2002) 0079]).

68 COM (2003) 27 final, 21 enero 2003.

69 Tiempo después, las pymes seguían afirmando que uno de los más trascendentales obstáculos para la gestión empresarial era el cumplimiento de las normas administrativas. En estimaciones de 2006, el sesenta por ciento de las pymes se quejaban de que sus actividades comerciales se habían visto perjudicadas por culpa de las formalidades administrativas, suponiendo el mayor problema para su sostenibilidad. Todo ello según los datos de EUROSTAT: *The profile of the successful entrepreneur. Results of the survey. Factors of Business Success, Statistics in Focus*, 29/2006; que fueron reflejados en la nota a pie de página nº 2 del siguiente documento: EUROPEAN COMMISSION: *Models to reduce the disproportionate regulatory burden on SMEs. Report of the expert group*, May 2007, p. 10.

70 Se calculó que, por cada euro gastado por empleado en una empresa grande a causa del cumplimiento de una obligación reglamentaria, una mediana empresa gastaba por término medio cuatro euros y una pequeña empresa hasta diez euros. Ello en los cálculos

misión europea se comprometió a la reducción de la hiper-regulación. La burocracia debía suprimirse o, al menos, reducirse, en particular, para las microempresas sin empleados, por ser más vulnerables, debido a los menores recursos humanos y financieros disponibles y a los mayores costes y la menor eficacia para la implementación de la reglamentación⁷¹.

Aquel compromiso prosiguió. La citada carta europea de la pequeña empresa sería el antecedente inmediato de la “ley de la pequeña empresa para Europa: una iniciativa en favor de las pequeñas empresas”, aprobada el 25 de junio de 2008⁷². Se configuró como un marco integrador de los instrumentos estratégicos en materia de política comunitaria de la empresa con vistas hacia la economía basada en el conocimiento⁷³. Bajo la denominación simbólica de “ley”, subyacía el deseo de subrayar el reconocimiento del papel central que cumplen las pequeñas empresas dentro de la Unión Europea⁷⁴. Tomando, una vez más, como plataforma principal e irreversible⁷⁵ aquel axioma de “*think small first*” –auténtico *leitmotiv* de la estructura y ejecución del conjunto de la política empresarial–, esta *Small Business Act* (SBA) ha fomentado la “escala pyme” en la regulación a través de la supresión de las trabas de política legislativa que les impiden crecer y crear empleo⁷⁶. Por primera vez triunfaba la articulación de un marco global de actuación a través de diez

plasmados en el informe del grupo de expertos citado en la nota a pie de página previa (p. 16), citados luego en la página 8 de la “Ley de la pequeña empresa en Europa” (SBA).

71 Léase el apartado 2.2 “Overview of empirical results” del nombrado informe: documento: EUROPEAN COMMISSION: *Models to reduce...*, op. cit., pp. 16 y siguientes.

72 *Communication for the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions “Think Small First”. A “Small Business Act” for Europe* (SEC (2008) 2101) (SEC (2008) 2102) (COM (2008) 394 final, 25 junio 2008, 24 pp.).

73 Al inicio de la introducción (p. 2), esta Ley de la pequeña empresa manifiesta que: “Actualmente, el desafío clave al que se enfrenta la UE es gestionar la transición interna hacia una Economía basada en el conocimiento”.

74 En la literalidad de la página 4 de la SBA que enlaza con el apartado tercero (p. 3) cuando indica que: “En el corazón de la iniciativa SBA para Europa yace la convicción de que, para obtener las mejores condiciones marco para las pymes, es preciso el reconocimiento de los empresarios por parte de la Sociedad”.

75 La irreversibilidad de este principio se fijó en la página 4 de la SBA.

76 La SBA contó en este punto con el antecedente de la “estrategia de la UE para legislar mejor” que resulta fundamental en el propósito de simplificación de la legislación aplicable. Vid. *infra* la nota a pie de página nº 82.

principios que, en conjunción⁷⁷, actuarían de guía a la hora de preparar, formular y ejecutar las políticas tanto en la escala de la Unión Europea como en la de sus países miembros⁷⁸. Uno de esos diez principios⁷⁹ fue la mejora de la legislación para la simplificación. Se ansiaba el logro de una normativa simplificada para hacer frente a la sobrerregulación existente⁸⁰. Mediante la simplificación, la ley de la pequeña empresa para Europa deseaba promover el crecimiento de las empresas de menor dimensión, ayudándolas a afrontar los problemas que obstaculizasen su desarrollo, y configurando un marco político y jurídico en el que pudiesen prosperar de cara a beneficiarse de las oportunidades del Mercado Común. El reto sería transformar sus principios en una actuación política y legislativa coordinada que tomase en consideración las necesidades y peculiaridades de las pymes.

La transformación de los principios en actuación legislativa⁸¹ toma en cuenta el ambicioso programa de “legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo”⁸², que se alzó en primer peldaño hacia la modernización y la simplificación de la legislación. Con este respaldo, la Comisión propuso en la SBA seguir actuando con el firme propósito de simplificar la regulación, conforme a la regla varias veces citada de “pensar primero a pequeña escala”. Para traducir este principio a la práctica, de un lado⁸³, planteó reducir⁸⁴ la carga administrativa, con una normativa redactada con claridad y sencillez (y, por tanto, con inteligencia), y evaluaciones periódicas de la incidencia de

77 En conjunción, estos principios actúan de guía a la hora de preparar, formular y ejecutar las políticas tanto en la escala de la Unión Europea como en la de sus países miembros; en los términos que se emplean en la página 4 de la SBA.

78 De conformidad con lo indicado en la página 4 de la SBA.

79 Uno de los principios es la educación y la formación para la promoción del espíritu empresarial; otro, la fiscalidad y el financiamiento favorable para las pymes; otro más, la promoción de la capacidad tecnológica de las pequeñas empresas; también, el apoyo a la internacionalización de la pequeña empresa en la nueva economía; y, lo que aquí más interesa, la mejora de la legislación y reglamentación para la simplificación.

80 También en la página 7 de la revisión de la SBA de 2011.

81 Por ello, el apartado cuarto de la SBA se titula: “Transformar los principios en actuación política”.

82 A este programa alude la página 3 de la SBA. Su desarrollo se contiene en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 16 de marzo de 2005, “Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea” (COM (2005) 97).

83 En las páginas 8 y 9 de la SBA.

84 En un veinticinco por ciento.

las iniciativas legislativas mediante el “*sme test*”⁸⁵. De otro lado, formuló la exigencia de consultar a los interesados, incluidas las organizaciones empresariales antes de elaborar cualquier proyecto de legislación con repercusiones sobre las pequeñas empresas⁸⁶. Además, propuso utilizar medidas específicas, tales como derogaciones, periodos de transición y exenciones, entre otras, de las obligaciones de informar o declarar; e instó⁸⁷ a la reducción⁸⁸ de los plazos de concesión de licencias y otras autorizaciones necesarias para comenzar una actividad empresarial⁸⁹. En definitiva, trató de permeabilizar a las Administraciones Públicas ante los requerimientos de las pymes, simplificando las licencias y promoviendo la Administración electrónica para conferir agilidad⁹⁰ en la tramitación de los primeros pasos de la vida empresarial⁹¹.

Para desarrollar las acciones de conformidad con la estrategia “Europa 2020”, se revisaba en febrero de 2011⁹² la ley de la pequeña empresa en Europa. Mediante dicha revisión se evaluaron los progresos alcanzados, se detectaron los obstáculos persistentes y los desafíos pendientes y se examinaron las nuevas necesidades que presentaban las pymes⁹³. La aplicación de la máxima de “pensar primero a pequeña escala” o, dicho de otro modo, “pensar en lo pequeño” siguió siendo, una vez más, la “piedra de toque”⁹⁴. Su concreción para la simplificación del entorno reglamentario y administrativo

85 Algunos Estados miembros (como Bélgica, Dinamarca, Alemania, Luxemburgo, Polonia, Eslovenia, Finlandia, Suecia y Reino Unido) se citaron como territorios donde se había integrado la prueba o test de las pymes en los procesos de toma de decisiones. Así quedo incluido en el listado de la página 5 de la revisión de la SBA.

86 Al menos, ocho semanas.

87 En el plan de acción sobre el emprendimiento para 2020.

88 A un mes.

89 Los Países Bajos se pusieron como ejemplo de buena práctica en la reducción de las cargas administrativas en la página 23, correspondiente al Anexo, del texto revisado de la SBA de 2011.

90 Acortando a menos de una semana.

91 En las palabras subrayadas en negrita de la recomendación cuarta del apartado IV de la SBA (p. 11).

92 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Revisión de la “*Small Business Act*” para Europa (COM (2011) 78 final, 23 febrero 2011, 28 pp.).

93 Conforme se comenta en la introducción de esta revisión (p. 2) (también en p. 3).

94 En la expresión empleada en la página 5 del plan de acción sobre emprendimiento 2020.

supone formular normas aplicando el “principio de solo una vez”⁹⁵. Conforme a este principio, las autoridades han de abstenerse de solicitar los datos, documentos o certificados que ya se han puesto a su disposición en otros procedimientos⁹⁶. También han de llevarse a cabo comprobaciones de aptitud para evaluar si el marco reglamentario es adecuado al objetivo marcado y, si de esta evaluación se desprendiera que no lo es, para afrontar cómo deben solucionarse las dificultades detectadas⁹⁷. Asimismo, tienen que llevarse a cabo controles de eficacia que identifiquen y, si es necesario, resuelvan los problemas derivados de la interacción de normas comunitarias que sean aplicables de manera simultánea a un sector⁹⁸.

Suplementando o complementando la revisión de la SBA, la red europea de enviados de las pymes (o *SME-Envoy Networking*) elaboraba en 2017 un plan de acción de las pymes, a modo de extenso documento de trabajo⁹⁹, en el que comenzaba con la necesidad de profundizar en las acciones para fortalecer una “*better regulation*”. Porque la burocracia administrativa y regulatoria representa mayores costes para las pequeñas que para las grandes empresas, al no gozar aquellas de los beneficios de las economías de escala, hay que generalizar e intensificar los progresos hacia una mejor regulación. En ese avance el incremento de la transparencia legislativa, la aplicación del principio de pensar primero a pequeña escala a toda la nueva regulación europea y nacional, el “*sme test*” y el principio de solo una vez (“*only once*”) han de ser intensificados porque siguen perviviendo los obstáculos para su plena consecución¹⁰⁰.

En conjunto, la prueba de la pyme, el principio de solo una vez, la comprobación de actitud y el control de eficacia, junto con la minoración de la obligación de presentar documentación y el establecimiento de un interlocutor único empresarial¹⁰¹, persiguen el logro de una normativa simplificada

95 Páginas 7 y 8 de la SBA revisada.

96 En la descripción que de este “principio de solo una vez” se realiza en la página 8 de la SBA revisada en 2011.

97 De nuevo, la página 7, además de la página 9, de la revisión de la SBA.

98 Página 9 de la revisión de la SBA.

99 Con 76 páginas en total se publicaba en 2017 el “*European SME Action Programme del SME - Envoy Network*”.

100 Páginas 5 y siguientes del citado “*European SME Action Programme*”.

101 La Comisión invita a los Estados miembros a que establezcan un interlocutor único (por ejemplo, con ventanillas únicas empresariales) y a que minoren las obligaciones de presentar informes. Asimismo, en la página 9 de esta SBA modificada.

“a escala pyme” que desbanque la sobrerregulación¹⁰². Para desbancarla, se requiere una legislación hiporregulada.

Sean bienvenidas las anteriores y cualesquiera otras medidas que pudieran adoptarse desde el terreno administrativo dirigidas a tornar la hiper-regulación en hipo-regulación. Así, por ejemplo, mediante una Administración electrónica. Para acelerar la transformación digital de la Administración, aprobaba, en 2016, la Comisión europea el plan de acción sobre la Administración electrónica de la Unión Europea para el período 2016-2020¹⁰³. El principio clave bajo el que lo aprobaba era aquel principio de solo una vez, acompañado de lo digital por defecto, para la apertura y la transparencia, la confianza y la seguridad.

Sean bienvenidas, pero sean combinadas con medidas simplificadoras desde el campo mercantil-societario. Desde este último ámbito (el que atrae nuestra atención), consideramos que no sería suficiente o, al menos, no lo sería como último escalón hacia la cota más elevada posible de simplificación, con la superposición en la tipología societaria de un nuevo tipo o subtipo que fuese más simplificado en el *nomen iuris* que en el régimen jurídico. Lo que habría de configurarse sería una sociedad mercantil simplificada no solo de nombre (o no en el nombre) sino de contenido.

En la escalada hacia la mayor cota de simplificación (por la que en esta investigación nos decantamos), se reduciría la triple tipología (y subtipología) de las sociedades mercantiles de capitales no cotizadas, con exclusión de las sociedades comanditarias por acciones. También desaparecerían (no solo *de facto* sino *ex lege*) aquellos tipos societarios que desde hace largo tiempo están en desuso en la *praxis* comercial¹⁰⁴: a saber, las sociedades mercantiles

102 También en la página 7 de la revisión de la SBA.

103 COM (2016) 179 final. Plan de acción que se anuncia en la Comunicación de la Comisión sobre una estrategia para el mercado único digital y que entra en relación con la Declaración ministerial de Tallín sobre la administración electrónica, aprobada en el año 2017 durante la presidencia de Estonia en la Unión Europea.

104 En: REGISTRADORES DE ESPAÑA: *Estadística mercantil. Ejercicio 2019...*, op. cit., p. 2, que el colectivo de otras entidades, distintas a las sociedades limitadas y a las anónimas, entre las que están las sociedades colectivas, las sociedades comanditarias, las sociedades de garantía recíproca (SGR), las agrupaciones de interés económico (AIE), los fondos de inversión mobiliaria (FIM) y los fondos de inversión de activos del mercado monetario (FIAMM), suponen en 2019 un 0,94% del total; habiendo supuesto en 2018 un 0,78% y en 2017 un 0,82% del número total. Datos específicos sobre el número de empresas activas con forma de sociedad comanditaria (sin diferenciar entre las sociedades co-

personalistas y, dentro de ellas, en particular, las sociedades en comandita. Entenderíamos no conveniente desbancar, en cambio, a la sociedad colectiva o regular. Se mantendría en nuestro elenco tipológico sin derogar su régimen jurídico, por ser la sociedad mercantil general, aunque no abunde en la práctica empresarial¹⁰⁵. Se argumentaría para su mantenimiento que su operatividad reaparece cuando la sociedad de capital deviene irregular, si el objeto social es mercantil¹⁰⁶. Aun siendo así, si hubiera un sistema registral íntegramente electrónico para las sociedades capitalistas (no solo para las sociedades limitadas), nos plantearíamos¹⁰⁷ la inoperatividad práctica del régimen jurídico previsto para el supuesto de la sociedad devenida irregular. Nos preguntaríamos qué sentido tendría en la práctica el régimen de la sociedad irregular y de la sociedad en formación en la hipótesis de que el proceso de constitución de una sociedad mercantil de capital fuese exclusivamente electrónico y altamente eficiente, por simple y breve (como confiamos vaya a ser, al menos, para la sociedad limitada con la transposición de la Directiva de digitalización). Aun con este planteamiento y esta pregunta, pudiera argumentarse, con justificación y razón, la necesidad de no derogar el régimen jurídico de la sociedad colectiva por tener aquel carácter general en nuestro derecho de sociedades; más aún si la digitalización de la constitución no llegase a alcanzar a la sociedad anónima, para la cual seguiría teniendo efectividad la sociedad colectiva en aquel régimen de la sociedad devenida irregular. Con independencia de lo anterior, podría servir la sociedad colectiva como base para simplificar y contractualizar a una sociedad simplificada que podría tomar como referente o como remisión el régimen de la sociedad colectiva, en una de las opciones o alternativas que en el capítulo tercero se mostrarán.

Las formas sociales desbancadas, esto es, las comanditarias, simple y por acciones, se sustituirían por un tipo (mejor que subtipo) social con una re-

manditarias simples y las sociedades comanditarias por acciones) se encuentran en la *web* del Instituto Nacional de Estadística (INE). Son los siguientes: setenta en 2019, ochenta y tres en 2018 y 81 en 2018.

105 Empresas activas con formato jurídico-social de sociedad colectiva o regular, según las cifras, en tendencia descendente, del INE, son las siguientes en los últimos tres años: en 2019, ciento treinta y siete; en 2018, ciento cincuenta y cinco; y en 2017, ciento sesenta y seis.

106 Artículo 39 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de capital (LSC) (BOE n° 161, 3 julio 2010).

107 Como nos planteamos en: GARCÍA MANDALONIZ, M.: “Hacia un sistema único...”, op. cit.

gulación tan clara y accesible, tan flexible y movable, y tan eficaz y efectiva, que fuese capaz de cobijar a empresas nuevas o maduras, micro, pequeñas y medianas, en cualquiera de los sectores de la actividad económica y, sobre todo, en aquellos inmersos en la innovación tecnológica. Para todas ellas sería una sociedad simplificada no cotizada, unipersonal o pluripersonal, con o sin ánimo de lucro, para dar cabida también a la empresa social. Sería una sencilla infraestructura jurídico-privada para facilitar la pluralidad de las iniciativas empresariales en el nuevo contexto económico-digital. Ahora bien, esta minimización de las reglas jurídicas, basada en la maximización de aquellos principios, para acoplarse y adelantarse a dicho contexto económico, habría de desenvolverse sin desprotección de los diversos intereses (de socios ni terceros) en juego.

A este colofón podría arribarse por diversas sendas y en una escalada más o menos progresiva. Podrían ser varias las opciones a considerar y tomar. Algunas de ellas se irán mostrando y, en su caso, aceptando o rechazando en uno de los capítulos centrales de esta obra, el tercero, en la segunda parte. Serán solo algunas opciones más o menos viables las que en este libro se expondrán. Muchas otras y seguro mucho más viables podrían ser expuestas por la doctrina más especializada. Con cualquiera de ellas (las propias o las ajenas), la simplificación de la legislación habría de buscar el fomento del espíritu emprendedor y el impulso del desarrollo de proyectos en el mercado para el crecimiento empresarial y, con ello, para el crecimiento económico del país, tan necesitado de crecer en estos momentos de tanta crisis económica derivada de tanta crisis sanitaria.

UN ECOSISTEMA EMPRENDEDOR INNOVADOR, INCLUSIVO Y SOSTENIBLE

Las empresas tienen que operar en un entorno jurídico y administrativo que favorezca el crecimiento y esté adaptado para hacer frente a los nuevos desafíos económicos y sociales de un mundo globalizado y digital.

Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del derecho de sociedades.

Una legislación societaria inteligente –por ser clara, accesible y movable, además de simple y ágil– con aires modernizadores y potenciadores de la iniciativa y el desarrollo empresarial sería clave en un ecosistema eficiente de emprendimiento. Una clave, no la única. Para conseguir un ecosistema institucional eficiente habría de cooperar el derecho privado con el público que afecta a las empresas, removiendo obstáculos y añadiendo incentivos, como hubo ocasión de adelantar en el apartado introductorio de la presente investigación.

Desde el derecho público administrativo se trataría de ir removiendo los obstáculos del alargamiento del tiempo y del cúmulo de documentación solicitada para la tramitación ante la Administración con ocasión del acceso y del ejercicio de la actividad empresarial¹. Desde el derecho público fiscal se habrían de ir incrementando los incentivos tributarios para las empresas innovadoras o sociales y para los inversores particulares (*business angels*) o las entidades de capital-riesgo interesadas en las fases incipientes de los proyectos empresariales más innovadores o con innovación social. Serían incentivos para el fomento de la inversión-financiación empresarial, pública (con ayudas públicas) y privada (alternativa a la bancaria). Más incentivos también se precisarían desde el derecho privado y, en particular, desde el derecho laboral y de la Seguridad Social para atraer y retener el talento.

¹ Como se explicará con más detalle al final del capítulo siguiente de la presente investigación.

En suma, con una menor burocracia para una mayor rapidez en la puesta en marcha de una empresa y con mayores incentivos laborales y fiscales para el emprendimiento y la inversión en el emprendimiento, en unión con la facilidad para la constitución societaria y la flexibilidad para la configuración y organización de una sociedad mercantil, habría un entorno legislativo propicio para la formalización y el crecimiento empresarial. Fomentar la formalización empresarial para el nacimiento de empresas y potenciar su expansión nacional e internacional y su crecimiento a largo plazo han de convertirse en las bases para la generación de empleo y autoempleo y, con ella, de riqueza económica² y social ante la profunda crisis económica derivada de la devastadora crisis sanitaria de 2020.

A la optimización, por simplificación e incentivación, del entorno regulatorio (administrativo, laboral, tributario, financiero y mercantil) habría que añadir medidas complementarias, hasta conseguir una estrategia global de emprendimiento. Una medida inicial necesaria sería la del favorecimiento de la cultura y la educación (en todas las etapas, no solo en la universitaria) del emprendimiento³. Otra medida posterior adecuada sería la de promoción de los círculos de interacción entre los agentes económicos para el crecimiento y la inversión en las nuevas empresas⁴.

Por lo que se refiere a esta última medida, entre los distintos agentes económicos (empresarios, clientes, proveedores o inversores) sería idóneo instaurar e impulsar redes y plataformas tecnológicas de conexión para la promoción del *mentoring* y del *networking*, de las relaciones comerciales verticales u horizontales de cooperación, o de la innovación e internacionalización con-

2 En LLOPIS VAÑÓ, F.: “Nuevos modelos de negocio en *blockchain*”, en VILARRROIG MOYA, R.; PASTOR SEMPERE, C. (dirs.): *Blockchain: aspectos tecnológicos, empresariales y legales*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 245-246, se hace un repaso por la literatura económica clásica y por el modelo GEM (*Global Entrepreneurship Monitor*) que destacan la relación directa entre la creación de empresas y la creación de riqueza económica de un país.

3 Por ello, apostó el capítulo I del título I de la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización: artículos 4 a 6.

4 La interacción entre los agentes del ecosistema empresarial mediante redes y plataformas tecnológicas de conexión para el crecimiento de las pequeñas empresas fue punto central del “*UNCITRAL Colloquium on contractual networks and other forms of inter-firm cooperation*”, New York, 25-26 March 2019. En el sentido expresado en el texto principal, atiéndase, en especial, en dicho coloquio a la siguiente ponencia: VERMEULEN, E.: “Platform economy: how the new economy is shaping contract practices of MSMEs”.

junta⁵. Se trataría de unas plataformas de conexión e interacción que estarían integradas en un ecosistema que ayudase en las etapas del nacimiento y del crecimiento empresarial no solo para la subsistencia sino para el liderazgo comercial mediante la inversión, la expansión y la utilización conjunta de la tecnología⁶ hacia la “eficiencia colectiva”⁷ en el mercado. En el análisis de las redes contractuales y las plataformas tecnológicas para la cooperación (no solo) entre las pequeñas compañías quedó centrado el coloquio internacional que la CNUDMI, desde su grupo de trabajo I sobre las mipymes, celebrara en marzo de 2019. Este coloquio tuvo como base la propuesta que presentara, el 9 de mayo de 2017, el Gobierno italiano sobre las “redes contractuales” y otras “formas de organización distintas de los modelos empresariales”⁸. Pese a su gran interés, no podemos desviar nuestra disertación hacia la formación de *clusters* de mipymes y de redes de interconexión ni, en general, hacia organizaciones “distintas de los modelos empresariales”. No obstante, quisiéramos destacar aquí su utilidad para lograr un ecosistema emprendedor potenciador de la expansión y la inversión empresarial en un mercado cada vez más competitivo, por cada vez más digitalizado, que precisa del agrupamiento de las pequeñas empresas para su expansión a otros mercados. Hacia el desarrollo de estas “redes contractuales” y “cadenas empresariales” parece que pudieran avanzar los trabajos futuros de la CNUDMI, en su grupo de trabajo I, para la cooperación y la sinergia de las pequeñas empresas, tendentes a facilitar su operativa más allá de las fronteras nacionales. Hacia tal desarrollo también podrían avanzar futuras investigaciones doctrinales. En esta podrá haber alguna otra mención aislada, pero sin posibilidad de detallarla. Lo que se planteará en el presente capítulo será un panorama general para consolidar un ecosistema emprendedor innovador, inclusivo y sostenible, en el que

5 *Ídem.*

6 *Ídem.*

7 Sobre la formación de *clusters* de pymes para el incremento de la productividad, la innovación y la competitividad hacia una “eficiencia colectiva” hablaría: JAPPIE, R.: “SMEs and sustainable development: challenges & opportunities”, en *UNCITRAL Colloquium on contractual networks and other forms of inter-firm cooperation*, New York, 25 March 2019. Incidiría en la “eficiencia colectiva” derivada de “*joint actions*”, con *clusters* que faciliten y estrechen lazos de innovación entre las pequeñas compañías.

8 “Propuesta del Gobierno de Italia: redes contractuales”. Anexo: “Redes contractuales y desarrollo económico: propuesta de Italia sobre la labor futura relativa a formas de organización distintas de los modelos empresariales”. Grupo de trabajo I de la CNUDMI, 28^o sesión, 9 mayo 2017.

uno (no el único) de los soportes jurídicos es el mercantil societario, el cual será el objeto central del análisis más específico de los siguientes capítulos de esta obra.

1. Un ecosistema emprendedor innovador

Un ecosistema emprendedor eficiente ha de caracterizarse necesariamente por el apoyo e impulso de la innovación empresarial, sobre todo tecnológica, en esta moderna era digital, más digitalizada que nunca en las fases COVID y post-COVID. La necesidad de aceleración y de reconstrucción digital⁹ empresarial ha sido una de las evidencias del colapso acaecido por el coronavirus¹⁰. La primera respuesta legal a esta evidencia en nuestro país ha sido el anuncio del denominado “Plan Acelera”. En el Anexo del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19¹¹, se recogen, dentro de ese plan, una serie de medidas de apoyo para la aceleración de la digitalización de las pymes mediante asesoramiento, acompañamiento, formación y financiamiento. Asesoramiento y acompañamiento mediante la ampliación de las sedes del programa de “oficinas de transformación digital”¹². Formación en digitalización por medio del lanzamiento del programa “Acelera PYME-Talento”¹³. Y financiamiento mediante la aprobación de líneas de ayudas públicas para avanzar en el proceso de digitalización y en el liderazgo en I+D+i¹⁴.

La respuesta para la reconstrucción industrial y empresarial no puede ve-

9 Por un “fondo de reconstrucción digital” para pymes y autónomos abogaría el presidente de Telefónica en la Cumbre Empresarial de la CEOE celebrada en Madrid, del 15 al 25 de junio de 2020, para tratar de ofrecer soluciones para la reactivación de la economía española tras la crisis ocasionada por la pandemia. Vid. AA.VV.: “Pallette pide un “fondo de reconstrucción digital”...”, op. cit.

10 A esta evidencia se refiere, por ejemplo, entre nuestra doctrina: TAPIA HERMI-DA, A. J.: “Aspectos financieros y mercantiles de las medidas urgentes extraordinarias del Real Decreto-Ley 8/2020 por el coronavirus”, *El Blog de Alberto J. Tapia Hermida*, 18 marzo 2020.

11 BOE nº 73, 18 marzo 2020.

12 Apartado primero del Anexo del Real Decreto-Ley 8/2020 (BOE nº 73, 18 marzo 2020).

13 *Ídem*.

14 Según los apartados segundo y tercero del Anexo del citado Real Decreto-Ley 8/2020.

nir sola desde la esfera nacional. La cobertura europea se convierte en indispensable de cara a la recuperación de los drásticos efectos de la pandemia. Para cubrir los grandes daños económicos y sociales ocasionados por esta, la Comisión europea planteaba una primera propuesta, el 2 de mayo de 2020, de un marco financiero plurianual (MFP) para 2021-2027. Una nueva propuesta, el 27 de mayo, y otra más el 10 de julio, ambos de 2020, daban impulso a un presupuesto (aprobado el 20 de julio) para impulsar la recuperación tras la pandemia¹⁵. El MFP incluye el llamado “*Next Generation EU*”. Es el instrumento temporal para la recuperación de Europa y para “acelerar la doble transición ecológica y digital”¹⁶. Uno de sus principales pilares, el segundo, es “relanzar la economía y apoyar la inversión privada”. Con ese apoyo financiero europeo a la inversión privada para la recuperación y la aceleración hacia la “doble transición ecológica y digital”, España habrá de saber encontrar un camino alineado con Europa que le permita recuperarse y convertirse en un país que apueste por la tecnología industrial o, en otros términos, la industria digital; por la gran industria con proyectos innovadores y también por la pequeña y nueva que se sume y apueste por la innovación¹⁷.

La recuperación y reconstrucción del entorno económico-empresarial pasa, en efecto, por avanzar en digitalización e innovación. El ecosistema ha de ser favorecedor de un emprendimiento innovador con una alta tasa de crecimiento y de valor añadido que se abra camino en los mercados exteriores sin merma de los interiores, en lo que viene denominándose como “glocalización”¹⁸. La visión de la nueva generación emprendedora e innova-

15 Véase el detalle de este presupuesto de la Unión Europea para 2021-2027, como “presupuesto que impulsa la recuperación de la COVID-19” en la página *web* del Consejo Europeo y Consejo de la Unión Europea.

16 Así se expresa en la *web* de la Comisión europea, donde se califica al “*Next Generation EU*” como “nuevo instrumento temporal de recuperación” para un mercado único “más fuerte y resiliente”.

17 Con los fondos que a España le correspondan del MFP para la recuperación de la crisis de 2020, se sugirieron diez propuestas en: MAS-COLELL, A.; LÓPEZ ATXURRA, E.: “La oportunidad de una apuesta industrial”, *Diario El País*, 15 julio 2020, p. 11; donde destacaban la necesidad de apoyo a “los proyectos innovadores de alto valor añadido” “que arrastren a las pymes” con “incentivos fiscales para facilitar la inversión en proyectos de riesgo” y en “start-ups”.

18 Como suma de las expresiones “globalización” y “localización”; como tuvimos ocasión de nombrar en nuestro siguiente capítulo: GARCÍA MANDALONIZ, M.: “Fomentando la formalización del emprendimiento...”, op. cit., p. 168.

dora no es solo la local porque el mercado y, en él, la competencia hace tiempo que muestran una amplitud global.

En la estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador que la Comisión europea propusiera para la “Europa 2020”¹⁹, la iniciativa sobre una política industrial para la era de la mundialización²⁰ acentuó la demanda de una base empresarial capaz de competir y triunfar en el mercado globalizado. Ese mercado se ha desglobalizado con el cierre de fronteras a causa de la pandemia mundial²¹. En la contundente aseveración del sociólogo estadounidense RIFKIN: “La globalización se ha terminado. Debemos pensar en términos de glocalización”²². Para ofrecer herramientas para competir en ese mercado glocalizado, el enfoque primordial de política legislativa ha de ser configurar y estimular un ecosistema (no solo jurídico) que permita a las empresas nacer, perdurar y crecer²³. Hacia la consecución de esta aspiración –planteada en aquel plan de acción sobre emprendimiento 2020²⁴– han de encauzarse los esfuerzos de los legisladores nacionales, también del español.

1.1. Un marco regulatorio integral facilitador del emprendimiento innovador digital

Porque “el ritmo de crecimiento de la cuarta revolución industrial está produciendo [...] una aceleración del ciclo de innovación y haciendo que los modelos de negocio se conviertan en obsoletos a un ritmo más rápido” –en comentario del *World Economic Forum*, en el informe de competitividad global 4.0 de 2018²⁵–, la regulación pensada para modelos de negocio anteriores

19 COM (2010) 2020, 3 marzo 2010.

20 Vid. *supra* nota a pie de página nº 6 de la introducción de la parte I de la presente investigación.

21 A la desglobalización de la economía y la política a causa de la pandemia mundial se referiría el politólogo búlgaro KRASTEVA, I.: “A los autoritarios no les gustan la crisis que no han fabricado ellos”, *Diario El País*, 22 junio 2020.

22 Palabras vertidas en la entrevista publicada en: ZAFRA, J. M.: “Estamos ante la amenaza de una extinción y la gente ni siquiera lo sabe”, *Alerta Digital*, 8 julio 2020.

23 El plan de acción sobre emprendimiento 2020 fue plenamente consciente de que “a las empresas les falta a menudo un ecosistema que les permita crecer” (p. 11).

24 Se recuerda que al “plan de acción sobre emprendimiento 2020. Relanzar el espíritu emprendedor en Europa” hubo ocasión de aludir en diversas ocasiones en la parte I de este libro.

25 Vid. SCHWAB, K.; SALA Y MARTÍN, X.: *Informe de Competitividad Global 2018*, Ginebra: Foro Económico Mundial, 16 octubre 2018.

a esta revolución puede convertirse pronto en obsoleta. En cambio, una regulación capaz de atender al desafío de la aceleración de la innovación –por cumplir con los ingredientes claves de la simplificación y la adaptación– pudiera contribuir, por su eficiencia, a garantizar el éxito de un entorno empresarial innovador y digitalizado.

España se situaba, en cuanto a la eficiencia del marco legal en regulaciones desafiantes, en el puesto ochenta y nueve de un total de ciento cuarenta países en el *ranking* de 2018 de ese índice de competitividad global 4.0 y en la posición ciento veinte de los ciento cuarenta países analizados en cuanto a la carga de la regulación gubernamental²⁶. No mucho mejor era el puesto en el que quedó situado ese año nuestro territorio en cuanto al crecimiento de las compañías innovadoras, el ochenta; y al crecimiento de las compañías con ideas disruptivas, el noventa y seis de los citados ciento cuarenta países del mundo que examina este índice. Un poco mejor es, sin embargo, el puesto que ocupa

26 Índice elaborado por el profesor K. SCHWAB, donde España aparecía en 2018 en la posición veintiséis de un total de ciento cuarenta países (justo después de Malasia y antes de los Emiratos Árabes Unidos y de China), en el cómputo global. Bajaba hasta la posición número ochenta y nueve en “*efficiency of legal framework in challenging regulations*”; y a la ciento veinte en “*burden of government regulation*”. Se situaba en el número cincuenta y seis en el coste de creación de una empresa y en el ochenta y uno en cuanto al tiempo para comenzar un negocio. En el índice de competitividad global 4.0 de 2019 la posición global de España en el ranking de competitividad alcanza el puesto número veintitrés; estando situado en el número cincuenta y cuatro, en cuanto al coste de dar comienzo a un negocio, y en el setenta y cinco, en cuanto al tiempo. Vid. SCHWAB, K.: *Informe de Competitividad Global 2019*, Ginebra: Foro Económico Mundial, 8 octubre 2019, p. 525. Por su parte, en cuanto a estos dos últimos parámetros, el ranking del *Doing Business 2019* situaba a España en el número ochenta y seis en la apertura de un negocio: con siete procedimientos, doce días y medio de tiempo medio, cuatro de costo (en porcentaje de ingresos per cápita) y doce en requisito de capital mínimo pagado (también en porcentaje de ingreso per cápita); en contraste con las ciento diecisiete economías del mundo donde no existe un requisito de capital mínimo. Vid. GRUPO BANCO MUNDIAL: *Doing Business 2019. Capacitación para reformar*, 16^a ed., 31 octubre 2018. Un año después, España bajaba once puestos, hasta situarse en el número noventa y siete (de ciento noventa países) en la apertura de un negocio. Vid. GRUPO BANCO MUNDIAL: *Doing Business 2020. Midiendo regulaciones para hacer negocios*, 24 octubre 2019. <https://espanol.doingbusiness.org/es/rankings> (última consulta: 1 septiembre 2020). En palabras empleadas por el Grupo Banco Mundial en la *web* de este *ranking*: “Las economías que obtienen buenos puntajes en *Doing Business* tienden a beneficiarse de mayores niveles de actividad empresarial”. Así, en: <https://espanol.doingbusiness.org/es/reports/global-reports/doing-business-2020> (última consulta: 1 septiembre 2020).

un año después: el setenta y ocho en el crecimiento de empresas innovadoras, y el ochenta y tres en el de compañías que abrazan ideas disruptivas²⁷.

1.1.1. Dos consultas públicas y dos propuestas de ley para la *startup* digital.

Con la vista puesta en la configuración de un nuevo entorno jurídico con capacidad para apoyar el nacimiento y el crecimiento de las compañías innovadoras –contribuyendo a que las “*start-up*” emerjan como “*scale-up*”²⁸ en esta era vivida y por vivir de la conexión y la digitalización–²⁹, se presentaba, el 7 de octubre de 2016, una Proposición no de Ley sobre la promoción, la facilitación y el desarrollo de las *start-ups* digitales en España³⁰. Para los “modelos de negocio de efectos disruptivos”³¹ se requiere un entorno regulatorio capaz de reconocer sus especificidades. Porque la “disrupción conlleva tensiones en los marcos normativos existentes”³² se buscó con esta Proposición no de Ley un marco jurídico que diese “facilidades e incentivos para atraer talento, inversión y emprendedores”³³ digitales.

Para ello y por ello, la Proposición no de Ley planteó el reconocimiento de “una nueva figura jurídica, por nombre: “*startup* digital””. Para su reconocimiento formal como agente principal de la innovación digital y por sus particularidades en la inversión en I+D+i articuló una serie de medidas legales. La primera, la facilitación de su creación; minimizando los plazos de la constitución societaria, entre veinticuatro y setenta y dos horas³⁴ y, en consecuencia, reduciendo los plazos máximos a los cinco o, en determinados casos, diez días laborales que planteara luego la Directiva europea de digitalización de 2019³⁵. La segunda, la simplificación de sus relaciones con las autoridades

27 Vid. SCHWAB, K.: *Informe de Competitividad Global 2019...*, op. cit., p. 525.

28 La expresión “*scale-up*” hace alusión a las empresas “gacelas” de alto crecimiento o con gran tasa de empleo (superior al 20%) con más de tres años de vida en el mercado y con perdurabilidad en el tiempo, en la definición que de ellas ofrece el *Scale-up Institute* del Reino Unido y la OCDE.

29 En aseveración que trasladamos desde nuestra siguiente publicación: GARCÍA MANDALONIZ, M.: “Fomentando la formalización del emprendimiento...”, op. cit., p. 168.

30 XII Legislatura, 7 octubre 2016, nº 30, serie D (General) (162/000164, pp. 16-17).

31 En palabras de la Exposición de Motivos de la Proposición no de Ley.

32 Como advirtiera la Exposición de Motivos de la citada Proposición no de Ley.

33 *Ibidem*, p. 16.

34 *Ídem*.

35 En el apartado séptimo de su artículo 13 *octies* indica que el plazo de cinco días

públicas en el ámbito fiscal y laboral. Se solicitó una regulación propicia para la articulación de la remuneración de los trabajadores con opciones sobre acciones o participaciones (*stock options*), como herramienta retributiva óptima para la atracción del talento laboral nacional y extranjero³⁶. Se esbozó un programa de incentivos fiscales para la inversión en el capital semilla de las *start-ups* digitales. También se planteó un panorama incentivador favorecedor para que los emprendedores de éxito, tras la venta de sus negocios, se convirtieran en inversores particulares, invirtiendo en el capital de otras empresas digitales emergentes³⁷. Además de la facilitación de la constitución societaria y de la incentivación de la regulación laboral y fiscal, propuso la Proposición no de Ley, *mentoring*, *clusterización* y promoción para el crecimiento empresarial y la proyección internacional. Con un reforzamiento de la publicidad internacional; con una facilitación para la colaboración e integración de los emprendedores nacionales y extranjeros, con una reducción de la tramitación administrativa de visados y residencia; y con un favorecimiento de las relaciones entre la academia universitaria y la empresa, se bosquejó un nuevo marco jurídico que pretendía ser “de carácter estable y predecible”³⁸. La estabilidad y predicción no se alcanzó, en tanto no fructificó esta Proposición no de Ley.

Aquella intención por reconocer y favorecer la iniciativa emprendedora innovadora digital proseguiría dos años después. El Gobierno español lanzaba, hasta el 25 de enero de 2019, una “consulta pública previa a la elaboración del texto del Anteproyecto de Ley de fomento del ecosistema de *startup*”. La consulta pública, previa a la elaboración de la bautizada como “Ley de *startup*”, tuvo como cometido principal preguntar por medidas concretas de apoyo a un emprendimiento más innovador.

Otra “*public consultation under the start-up initiative*” había planteado previamente, desde el 31 de marzo hasta el 31 de julio de 2016, la Comisión europea. Con esta consulta pública europea se quiso obtener el *feedback* de relevantes *stakeholders* para recibir propuestas de apoyo y de mejora de un ecosistema empresarial “saludable” para estimular el ciclo de vida de las

laborales sería en caso de uso de los modelos tipos de estatutos por parte de unos fundadores personas físicas, mientras que el ampliado hasta diez días correspondería al resto de supuestos.

36 Página 17.

37 *Ídem*.

38 También página 17.

start-ups dentro de la estrategia de impulso del mercado único para el impulso último del crecimiento y el empleo en Europa. Derivada de la estrategia para el mercado único, los resultados de esta consulta pública se resumieron en la Comunicación de la Comisión titulada: “Los líderes de la Europa del mañana: la iniciativa sobre las empresas emergentes y en expansión”, fechada el 22 de noviembre de 2016³⁹.

En esta iniciativa europea se puso de manifiesto que el óptimo acceso a los medios de financiación seguía siendo una de las barreras principales para la expansión de las empresas. También que, junto a las financieras, las empresas emergentes debían hacer frente a barreras normativas y administrativas. La existencia y la persistencia de las barreras legales “desincentivan a menudo los esfuerzos por innovar” y por la expansión a escala europea. Identificar y comprender la normativa fiscal, laboral y societaria supone un reto para las empresas emergentes sin recursos o sin conocimientos técnico-jurídicos suficientes. Una vez que logran identificar y comprender la normativa, para su cumplimiento, a menudo consideran que son excesivas las cargas que conlleva⁴⁰.

El temor de las empresas de alto potencial de expansión es que a mayor crecimiento mayores sean las cargas legales por soportar. Para atenuar este temor, se planteó la necesidad de eliminar las barreras innecesarias y de ayudar a las empresas emergentes a comprender y hacer frente a las barreras inevitables⁴¹. Para su comprensión se propuso la creación de un portal digital único de acceso *online* a la información legal y al asesoramiento técnico⁴². Se aupó, al tiempo, el “principio de solo una vez”, anunciado en el mercado único digital y en el plan de acción sobre la Administración electrónica. En paralelo a lo anterior, para hacer frente a los problemas de las empresas emergentes para la búsqueda de socios potenciales se anunció el establecimiento y la consolidación de redes de apoyo, de plataformas de contacto y de agrupaciones empresariales para formar “comunidades” entre “ciberempresas emergentes”⁴³. En conclusión⁴⁴, se planteó un apoyo más coordinado⁴⁵, así como la necesidad de “simplificar el procedimiento para

39 COM (2016) 733 final. SWD (2016) 373 final, 14 pp.

40 Página 4 de la Comunicación, según una consulta de 2016.

41 Páginas 4 y siguientes de la Comunicación.

42 De nuevo, en la página 4.

43 Páginas 6 y 7.

44 Anunciada la conclusión en la página 13 de la Comunicación de la Comisión.

45 Página 7.

poner en marcha y expandir una empresa en Europa” con el que conseguir generar empleo.

Una vez descrita la iniciativa europea, volvamos de regreso a la consulta pública que el Gobierno de España, en fechas más recientes (hasta comienzos del año 2019) abrió para plantear una legislación de fomento de la *start-up*; que se quiere llevar a trámite legislativo antes de diciembre de 2020. Hay que indicar que, junto con la instauración de redes de incubadoras y aceleradoras, con la facilitación de la financiación extra-bancaria para las primeras fases de la vida empresarial (en especial, a través de *business angels*, *venture capital* y *crowdfunding*) y con el fomento de la investigación y el desarrollo innovador mediante beneficios fiscales, se entendió “de esencial importancia”⁴⁶ instaurar un entorno normativo adaptado a los “emprendedores tecnológicos”⁴⁷ para el exitoso desarrollo de sus iniciativas empresariales⁴⁸.

Apostó esta consulta pública nacional –como apostamos también nosotros– por una “regulación inteligente”⁴⁹ para las nuevas empresas innovadoras siempre sometidas a una “fuerte competencia internacional”⁵⁰. Porque la regulación vigente de apoyo al emprendimiento⁵¹ ha sido superada por la realidad empresarial en constante movimiento, esta consulta pública expuso que la medida estrella del nuevo ecosistema había de ser ajustar el marco legal a las singularidades de las *start-up*, “permitiendo la flexibilidad que requiere el dinamismo”⁵² inherente a estas empresas innovadoras y de base tecnológica.

46 En expresión utilizada en la reseñada consulta pública.

47 En expresión empleada en la consulta pública que nos resulta más adecuada que la de “ciberempresas” o “ciberemprendedores” que utilizó la Comisión Europea en el plan de acción sobre emprendimiento 2020. Vid. *supra* las notas a pie de página nº 15 y 19 de la introducción de la parte I de este libro.

48 Una red conectada de aceleradoras propuso el presidente del Gobierno en el *Spain South Summit '18*, junto con el fomento de incentivos fiscales para la I+D+i y un marco jurídico adecuado para las *start up*. Ese entorno normativo para el desarrollo exitoso de las iniciativas innovadoras es el que se planteó en la consulta pública que estuvo abierta hasta el 25 de enero de 2019

49 Léase el segundo párrafo de la consulta pública.

50 En la literalidad de la consulta pública.

51 En especial, la nombrada Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, junto con la anterior Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (BOE nº 179, 27 octubre 2013).

52 Expuesto como objetivo principal en la página 3 de la consulta pública.

Preguntó esta consulta pública por la necesidad, en primer lugar, de conceptualizar a las “*start-up*”. Siendo consciente de la amplia variedad de definiciones, no acogió el documento de consulta ninguna definición en particular sino una general⁵³ que aludió a las “empresas de reciente creación, normalmente fundadas por emprendedores de base tecnológica, innovadoras y con una elevada capacidad de rápido crecimiento”. Previa necesidad de reconocimiento y de definición legal, planteó la consulta la posibilidad de introducir mejoras en el marco regulatorio financiero (de financiación participativa o *crowdfunding*)⁵⁴, en el marco fiscal actual (para las empresas y los inversores) o en el laboral y de la Seguridad Social, además de en el administrativo para simplificar cargas y costes burocráticos.

Esta consulta pública no traza medidas concretas, sino que las busca a partir de las sugerencias de los interesados en contestar la consulta. Juristas y empresarios quedan a la espera de un modelo fiscal mejorado⁵⁵. Instan, en primer lugar, un régimen fiscal más favorable para los inversores particulares para la potenciación de las redes de *business angels*⁵⁶.

Recuérdese que en la redacción actual del artículo 68 de la Ley sobre el impuesto sobre la renta de las personas físicas⁵⁷, la deducción por inversión en empresas nuevas o de reciente creación es del treinta por ciento⁵⁸ en la cuota estatal del IRPF cuando se realiza la inversión, con una base máxima de la deducción de sesenta mil euros anuales⁵⁹. Para que entre en funciona-

53 Plasmada en la página 2.

54 Regulada (con límites cuantitativos) la financiación participativa en el título V (“Régimen jurídico de las plataformas de financiación participativa”: artículos 46 a 93) de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial (BOE nº 101, 28 abril 2015).

55 Opiniones de expertos juristas, economistas y empresarios se recogieron en: GALISTEO, A.; SEKULITS, C.: “Guía para entender la ley que regulará a las “*startup*””, *Diario Expansión*, 2 enero 2019.

56 En opinión de C. BLANCO (fundador de *Nuclio Venture Builder*) en: *idem*.

57 Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del impuesto sobre las rentas de las personas físicas (LIRPF) (BOE nº. 285, 29 noviembre 2006), cuyo artículo 68 tiene en la actualidad la redacción otorgada por la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 2018 (BOE nº 161, 4 julio 2018).

58 En la versión del artículo 68 LIRPF incluida por el artículo 27 de la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, el porcentaje de la deducción era del 20%.

59 Cuarenta mil euros era el límite para la base máxima de la deducción, en la redacción que concedió el artículo 27 de la Ley 14/2013 al artículo 68 LIRPF.

miento esta deducción en la cuota han de cumplirse los tres siguientes condicionantes: primero, que la sociedad participada sea no cotizada y con forma social de anónima o limitada, pudiendo ser en ambos casos laboral; segundo, que la sociedad en la que se participe no tenga fondos propios superiores a cuatrocientos mil euros⁶⁰; y, tercero, que la participación directa o indirecta no supere el cuarenta por ciento del capital social o de los derechos de voto. A esta deducción en la cuota por la inversión se añade una exención por la reinversión. Si la desinversión se realiza en un plazo de entre tres y doce años habrá exención de la ganancia patrimonial siempre que se reinvierta en otra empresa nueva o de reciente creación, de menos de tres años desde su constitución.

Solicitaron los expertos⁶¹ una tributación más estimulante para los inversores particulares o *business angels* para la inversión en los primeros estadios empresariales de proyectos innovadores. También una fiscalidad favorable para las entidades (fondos o sociedades) de capital-riesgo (ECR) para que inviertan más en las etapas más iniciales del desarrollo empresarial. Huelga recordar cómo el capital-riesgo formal procedente de las ECR ha ido centrandose tradicionalmente el montante principal de sus inversiones en las fases empresariales de mayor madurez y tamaño, con la consiguiente asunción de un menor riesgo⁶² y coste (de análisis y

60 En fase parlamentaria se dobló el montante inicial de doscientos mil euros que preveía el Anteproyecto de Ley.

61 Así, J. L. GAUDIER, socio de Cuatrecasas, en las opiniones reflejadas en: GALLISTEO, A.; SEKULITS, C.: “Guía para entender la ley...”, op. cit. Asimismo, en *idem*, E. GÓMEZ DEL POZUELO (presidenta de *Womenalia*). También en MAS-COLELL, A.; LÓPEZ ATXURRA, E.: “La oportunidad...”, op. cit., p. 11, se plantearon “incentivos fiscales para facilitar la inversión en proyectos de riesgo” y, en concreto, en “la inversión en los primeros estadios de empresas de innovadoras de nueva creación (*start-ups*)”. Al respecto, véase *supra* la nota a pie de página nº 17 de este segundo capítulo.

62 Traigamos a colación el inicio de nuestra siguiente publicación: GARCÍA MANDALONIZ, M.: “Un billete de ida y otro de vuelta para el capital-riesgo: un viaje a partir de la nueva ley reguladora de las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras”, *Revista Española de Capital Riesgo*, nº 0, 2006, p. 6: “Ya no hay riesgo en el capital-riesgo. Hace tiempo que las actividades de las entidades de capital-riesgo [...] están dirigiéndose hacia empresas consolidadas en detrimento de las inversiones en las etapas de desarrollo empresarial embrionario”. La encuesta del Consejo Superior de las Cámaras de Comercio sobre el acceso a las pymes, con datos del cuarto trimestre de 2012, recogió en su página 9, como promedio de los años 2010-2011, un porcentaje del 3,2% de pymes financiadas en etapas maduras con capital-riesgo más un 0,3% en capital semilla. Una década después,

gestión)⁶³. No obstante, tras la implantación de las entidades de capital-riesgo pymes o “ECR pymes” –que configuró la vigente normativa sobre las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras⁶⁴ para estimular la inversión en las empresas de reducida dimensión–, se observa un crecimiento de la cantidad invertida en las etapas iniciales (*seed capital*, *start-up* y otras), a partir de 2015⁶⁵; llegando a suponer el mayor número de operaciones inversoras realizadas en 2018 y 2019, según datos del informe de la asociación española de capital, crecimiento e inversión (ASCRI) de 2019⁶⁶. Aunque por número, que no por cuantía, de inversiones realizadas estén siendo bien atendidas las empresas en fases iniciales, la introducción de ventajas fiscales de estímulo de estas inversiones de alto riesgo pudiera actuar como una palanca para un mayor estímulo también en la cuantía⁶⁷. Las ventajas tributarias especiales para las fases empre-

RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T.: “A comparative analysis of crowdfunding rules in the EU and U.S.”, *TTLF Working Papers, Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum*, nº 28, August 9, 2017, p. 4, afirmaría: “*There has been a progressive shift of venture capital [...] towards later phases of the business finance curve. Venture capitalists [...] are continuously displacing their targets to projects of bigger size, higher financial needs and, as a consequence, lower risk. Below the high quantitative thresholds set by [...] venture capitalists, the finance gap is growing. This needs in an appreciable abandonment of start-up initiatives, innovative projects and emerging business*”.

63 Los menores costes de análisis y gestión, por las mayores economías de escala, las destacaría: ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “Capital riesgo, *private equity* y LBOS: crisis financiera y necesidad de un cambio de modelo”, en *RMV*, nº 13, 2013, p. 88.

64 La configuración de las entidades de capital-riesgo para la inversión en pymes (o “ECR-pymes”) en los artículos 20 a 25 de la Ley 22/2014, de 12 de noviembre, por la que se regulan las entidades de capital-riesgo (BOE nº 275, 13 noviembre 2014), fue una de las principales novedades regulatorias en este sector.

65 Se observa ese crecimiento, para el período 2012-2018, en el gráfico rubricado: “inversión de capital privado por fase de desarrollo de la empresa” de la página 19 de: ALFÉREZ, A.: 2019. *Informe de actividad. Venture capital & private equity en España*, ASCRI, 2019.

66 En *ibidem*, p. 20, se cita textualmente lo siguiente: “*Por número de inversiones realizadas, predominaron las inversiones en empresas en fases iniciales (venture capital) con quinientas ochenta y ocho inversiones cerradas (80% sobre el total), máximo histórico por segundo año consecutivo. Se contabilizaron doscientas treinta y una inversiones en fase start up, seguido de other early stage (ciento setenta y ocho) [y] semilla (noventa y siete)*”.

67 En los términos que bien se plantearon en: ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “Capital riesgo...”, *op. cit.*, pp. 95 y ss.

sariales incipientes pudieran contribuir a una mayor implicación en este tipo de inversión a las multinacionales y los grandes patrimonios familiares⁶⁸. Más implicación por su parte conllevaría más número y tamaño de las entidades financieras especializadas en la inversión en *start-up*⁶⁹.

En cualquier caso, las primeras fases empresariales son siempre difíciles para la inversión, por sus altos costes y sus muchos riesgos. Por ello, además de incentivos fiscales para la inversión privada, convendría impulsar la inversión pública en estas etapas iniciales del desarrollo empresarial⁷⁰. Todavía la inversión del capital riesgo (o “capital privado”, en la denominación del sector⁷¹), tanto pública como mixta o privada, en las empresas emergentes es susceptible de mejorar porque, además, cuando hay inversión, no hay suficiente propulsión del crecimiento empresarial⁷². A mayores posibilidades de financiación en el exterior, mayor es el número de *start-up* que, en el momento de su constitución o en un momento posterior, deciden ubicar su domicilio social en el extranjero. Es migración para el crecimiento mediante elevadas rondas de financiación⁷³. No obstante, en la comparación entre países, el panorama aquí no es tan desolador si se atiende al índice de competitividad global 4.0 que, con fecha de 2018⁷⁴, situó a nuestro país en la posición cincuenta, en cuanto a la financiación de las pymes, y en la treinta y siete, en relación con la disponibilidad de *venture capital*, de los ciento cuarenta países analizados. Un año después, la situación en el índice había mejorado: el puesto cuarenta en el acceso a la financiación de las pymes y el veintinueve en la disponibilidad del capital-riesgo de los ciento cuarenta y un países examinados en 2019⁷⁵. No obstante, habría de seguirse avanzando posiciones en ese *ranking*, con más inversión privada de

68 Vid. BARCIELA, F.: “La odisea para conseguir fondos si eres un emprendedor español”, *Diario El País*, 25 agosto 2019.

69 *Ídem*.

70 Aunque con el foco de atención puesto en Rusia, así se comentaba en: HIDALGO PÉREZ, M.: “Rusia quiere unicornios y no parará hasta conseguirlos”, *El País Retina*, 5 junio 2018.

71 Léase esta denominación (no coincidente con el *nomen iuris*), por ejemplo, en: ALFÉREZ, A.: 2019. *Informe de actividad...*, op. cit., 70 pp.

72 Vid. BARCIELA, F.: “La odisea...”, op. cit., op. cit.

73 *Ídem*. Además, léase: AA.VV.: “Las “startups” favoritas del capital riesgo”, *Diario Cinco Días*, 1 julio 2016.

74 Vid. SCHWAB, K.: *Insight report. The Global Competitiveness Report 2018*, Cologny/Geneva: World Economic Forum, 2018, p. 529.

75 Vid. SCHWAB, K.: *Informe de Competitividad Global 2019...*, op. cit., p. 525.

capital-riesgo en las primeras etapas empresariales y más financiación pública en ellas. Ante la conveniencia de seguir avanzando, se abre la elevada incertidumbre del mercado económico y financiero provocada por la propagación de la COVID-19⁷⁶, aunque es, precisamente, en esta situación de ralentización de la economía cuando más se necesitaría inyectar capital riesgo para financiar a los proyectos empresariales innovadores a fin de nacer y crecer.

También desde el ámbito financiero, propuso aquella consulta pública de la propuesta de ley de *start-up* el “reforzamiento de los sistemas de financiación para el emprendimiento”. Preguntó, en particular, si había necesidad de mejorar el marco regulatorio que rige la financiación participativa o, en terminología anglosajona más difundida, el *crowdfunding*. Para la concreción de su reforzamiento y mejora, plantearon tanto empresarios como inversores la posibilidad de “vehiculizar a todos los inversores a la vez”⁷⁷ a través de la financiación participativa, cuya regulación⁷⁸, para ello, habría de variar. Variaciones, para ampliaciones, en los límites legales de la inversión por parte de los inversores no acreditados en un mismo proyecto y en proyectos publicados en una o en el conjunto de las plataformas de financiación participativa, así como en los límites de captación de recursos financieros para el promotor, propondríamos nosotros en lo referente a este instrumento de (micro)financiación colectiva.

Fuera del terreno financiero y dentro del administrativo, solicitaron los agentes económicos⁷⁹ la minoración temporal de la tramitación (con tramitación *online*) del número de identificación de extranjero o NIE y del número de identificación fiscal o NIF, para no alargar los tiempos de espera de la inversión extranjera. Mayor simplificación y menores costes y burocracia⁸⁰, en general, se piden para las autorizaciones y tramitaciones administrativas.

76 En extenso sobre “*las perspectivas económicas [...] envueltas en una incertidumbre muy elevada*”, léase: BANCO DE ESPAÑA: “Escenarios macroeconómicos de referencia para la economía española tras la COVID-19”, *Artículos Analíticos. Boletín Económico*, 2/2020, pp. 2 y siguientes.

77 En palabras y propuesta de J. MEGÍAS, CEO y cofundador de *Startupexplore*, recogidas en: GALISTEO, A.; SEKULITS, C.: “Guía para entender la ley...”, op. cit.

78 En los artículos 46 a 93 de la Ley 5/2015, según avanzamos *supra* en la nota a pie de página nº 54.

79 Como solicitaran D. RIVERA, J. MEGÍAS o V. MAJADAS a través de: GALISTEO, A.; SEKULITS, C.: “Guía para entender la ley...”, op. cit.

80 Hablaría A. CALDERÓN DE LA BARCA, como abogado del despacho BARRILERO, de la necesidad de una menor burocracia y de la facilitación de la internacionalización en: *ídem*. En este sentido, la experta D. RIVERA, también en: *ídem*.

Desde el campo jurídico-laboral, tomando como base modelos comparados⁸¹, se esboza como medida a adoptar el cobro de la tasa de autónomos a partir de los dos años desde el inicio de la actividad empresarial o en función de cuál sea el volumen de actividad⁸². Así mismo, la facilitación (por la reducción nuevamente de plazos y trámites) de la contratación laboral de los trabajadores extracomunitarios⁸³. Ejemplo comparado es el francés en la facilitación del proceso de visados tanto para los empleados como para los empresarios extranjeros⁸⁴.

Para nuestros nacionales, convendría también modificar, para facilitar, el entorno jurídico que rige el emprendimiento universitario. Con el fin de conseguir la unión de la investigación y la empresa, la necesidad de favorecer más el emprendimiento del personal investigador sigue estando latente. Romper con los condicionantes y las limitaciones legales subsistentes –sin los solapamientos ni las discordancias existentes entre la ley de modificación de la ley orgánica de universidades y la ley de la ciencia, la tecnología y la innovación⁸⁵– sigue siendo deseable para que el talento investigador del sistema científico público pueda con más facilidad crear o participar, como socio o administrador, en una *spin-off* o, en general, en una empresa de base tecnológica (EBT)⁸⁶. A estos efectos, podría haberse aprovechado el marco del

81 Como en el Reino Unido.

82 D. RIVERA y A. CALDERÓN DE LA BARCA en: GALISTEO, A.; SEKULITS, C.: “Guía para entender la ley...”, op. cit.

83 En propuesta de C. BLANCO en: *idem*.

84 Según recuerda la directora del mayor centro de innovación empresarial internacional, situado en una antigua estación de ferrocarril en la ciudad de París; conforme puede leerse en: ESCANDÓN, P.: “Este edén del emprendedor está en París y se niega a ser el *silicon valley* de Francia”, *El País Retina*, 14 agosto 2019.

85 En este extremo, las redundancias y discordancias entre la Ley orgánica 4/2007, de 12 de diciembre, por la que se modifica la Ley orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (BOE nº 89, 13 abril 2007) y la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la ciencia, la tecnología y la innovación (BOE nº 131, 2 junio 2011), tuvimos ocasión de ponerlas de manifiesto en: GARCÍA MANDALONIZ, M.: “Los viveros de empresas para fortalecer la transferencia de la tecnología y el conocimiento desde la Universidad a la Sociedad: el reto de la Universidad emprendedora”, *Revista Pensar en Derecho*, año 2, nº 3, diciembre 2013, pp. 162-174.

86 Se vieron convenientes cambios en la regulación para la facilitación de los investigadores del sistema público en emprendedores en: AA.VV.: “Las “startups” favoritas del capital riesgo...”, op. cit. Para más información, de nuestra autoría, puede leerse: GARCÍA MANDALONIZ, M.: “Los viveros de empresas para fortalecer la transferencia...”, op. cit., pp. 141-183.

Real Decreto-Ley 3/2019, de 8 de febrero, de medidas urgentes en el ámbito de la ciencia, la tecnología, la innovación y la Universidad⁸⁷; pero se ha desaprovechado.

Para atraer y retener el talento nacional y extranjero, aparte de las anteriores medidas legislativas administrativas y laborales a adoptar, coinciden e insisten los agentes económicos en la conveniencia de que exista exclusivamente una tributación (favorecida) de salida (“*exit tax*”) y no de entrada para las *stock-options*⁸⁸. El pago de la tributación de las *stock-options* solo con ocasión de la venta y no de la compra de las acciones o participaciones incrementaría el atractivo de las *stock-options* como fórmula retributiva variable para los trabajadores y directivos en las *start-up*⁸⁹. Sabido es que hasta la fecha hay dos momentos de tributación. El primero, con ocasión del ejercicio de la opción de compra y la adquisición de las acciones o las participaciones sociales, tributando como rendimiento de trabajo por la diferencia existente entre el valor de mercado de las acciones o participaciones y el precio al que fueron esas acciones o participaciones adquiridas. El segundo, cuando se produce la venta de las acciones o participaciones sociales, tributando como ganancia o, en su caso, como pérdida patrimonial. Es cierto que para el primer momento existe una exención hasta un límite legal⁹⁰, pero también lo es que solo es aplicable si se ofrecen las *stock-options* a todos los trabajadores en idénticas condiciones⁹¹. Ello puede restar atractivo a este complemento retributivo si con él la compañía solo desea retribuir a uno o a unos pocos trabajadores o directivos. Para su expansión como fórmula de política retributiva en las *start-up* habría que reestructurar la fiscalidad. Reestructurándola, las *stock-options* podrían contribuir –junto con otras modalidades retributivas, variables y fijas– al compromiso de permanencia del trabajador en la *start-up* y a la mejora de la cuenta de resultados de la nueva empresa por la mayor implicación del trabajador así retribuido.

87 BOE nº 35, 9 febrero 2019.

88 I. ARRIOLA (fundador de K. Fund), J. L. ZIMMERMANN (presidente de la Asociación Española de Economía Digital) o E. GÓMEZ DEL POZUELO (presidenta de *Womensalia*) en opiniones extraídas de: GALISTEO, A.; SEKULITS, C.: “Guía para entender la ley...”, op. cit.

89 Por ejemplo, D. RIVERA, haciendo alusión a Francia y el Reino Unido, en: *idem*.

90 Hasta doce mil euros, según el artículo 42.3.f) LIRPF.

91 Desde la reforma que entró en vigor el 1 de enero de 2015, con la inclusión del apartado tercero al artículo 42 LIRPF por la Ley 26/2014, de 27 de noviembre (BOE nº 288, 28 noviembre 2014) (disposición final sexta y artículo primero, apartado veintiséis).

1.2. Un marco regulatorio mercantil facilitador del emprendimiento innovador digital.

Junto con medidas financieras, fiscales, administrativas y laborales como las descritas, quisiéramos nombrar con somero algunas de las medidas mercantiles que convendría incluir para configurar un marco legal integral facilitador de la actividad emprendedora de innovación en cualquier sector económico, más aún en los sectores más digitales.

En los mercados digitales la innovación de las empresas, también de las *start-ups*, es una constante. Esta constante, en ocasiones, se ve truncada o frustrada. La innovación frustrada es la de las *start-ups* compradas. Las adquisiciones de las grandes empresas tecnológicas a las pequeñas empresas digitales, en ocasiones, son aniquilaciones. Son “adquisiciones asesinas”, en la gráfica terminología de CUNNINGHAM, MA y EDERER⁹². Sugieren estos autores⁹³ que los gigantes tecnológicos adquieren nuevas y pequeñas empresas innovadoras con el objetivo de interrumpir los proyectos de innovación de las *start-up* de alto potencial de crecimiento para evitar que se conviertan en su competencia futura. Con ese objetivo preventivo o defensivo, la adquisición supone un freno a la competencia y a la innovación⁹⁴. Se ve afectada la innovación de las nuevas y pequeñas empresas desde el momento en el que las grandes las adquieren. Se ve afectada, incluso, antes, ante una perspectiva próxima de adquisición. Ante la temprana adquisición de los rivales potenciales –en palabras del informe de la Comisión europea sobre la política de la competencia para la era digital de 2019⁹⁵– y ante las graves consecuencias anticompetitivas que se ocasionan cuando los gigantes digitales dominantes tienen “patrones sistemáticos”⁹⁶ de esas “ad-

92 Vid. CUNNINGHAM, C.; EDERER, F.; MA, S.: “Killer acquisitions”, *SSRN*, April 19, 2020, 106 pp.; quienes calculan que son “adquisiciones asesinas” entre un 5,3% y un 7% de las compras que los gigantes tecnológicos hacen de las *start-up* digitales, según reflejan estos autores en el *abstract*.

93 Al inicio del *abstract* en *ídem*.

94 También: BRYAN, K.; HOVENKAMP, E.: “Startup acquisitions, error costs and antitrust policy”, *University of Chicago Law Review. Forthcoming*, April 23, 2019, 24 pp. y, en especial, el *abstract*.

95 Vid. MONTJOVE, Y.A.; SCHWEITZER, H.; CRÉMER, J.: *Competition policy for the digital era. Final report*, Directorate-General for Competition. European Commission, April 5, 2019, p. 10.

96 *Ídem*.

quisiciones asesinas”⁹⁷ que escapan al control de la Comisión, surge una reflexión en torno a si cambiar el umbral del volumen de negocio del control comunitario de las concentraciones económicas. Consideran los autores⁹⁸ del nombrado informe que “es demasiado pronto” para ese cambio. Consideramos nosotros que no lo es cuando se reduce la competencia y se estrangula la innovación del pequeño y nuevo emprendedor.

La innovación de las *start-ups* ha de ser protegida. El valor de las *start-ups* reside en una innovación adecuadamente protegida. La protección es la clave para desincentivar la copia de la innovación y, por tanto, para la ventaja competitiva de la pequeña frente a la gran empresa. La protección será por secreto empresarial, por propiedad industrial o por propiedad intelectual, en función de la innovación a proteger. En cualquiera de las formas, se ha de concienciar o culturizar a las nuevas y pequeñas empresas sobre el alto valor estratégico que conlleva la protección de la innovación. Para no desincentivar la protección han de reducirse los costes de mantenimiento y de internacionalización de los títulos de propiedad industrial y, en especial, de las patentes. Menores costes pueden suponer mayores incentivos para la protección jurídica de la innovación en forma de invención bajo los títulos de patentes o de modelos de utilidad. A la minoración de los costes hay que añadir la ampliación de la capacidad de gestión empresarial de la propiedad industrial e intelectual. A mejor gestión, mejor capacidad de generación de recursos económicos derivados de esa propiedad protegida. Para aumentar la capacidad hacen falta programas coordinados públicos y privados para la prestación de servicios de gestión empresarial a las *start-ups* en este ámbito de la propiedad industrial e intelectual con el fin de proteger su mayor valor: sus activos intangibles⁹⁹.

No es, sin embargo, el marco regulatorio de la libre competencia como tampoco el de la propiedad industrial, sino el mercantil societario el que más importa en esta publicación, cuya reflexión quedará centrada en las sociedades mercantiles constituidas, configuradas y organizadas de manera simplificada y digitalizada.

97 De nuevo, en expresión de la publicación citada *supra* en la nota a pie de página nº 92.

98 MONTJOVE, Y.A.; SCHWEITZER, H.; CRÉMER, J.: *Competition policy...*, op. cit., p. 10.

99 De acuerdo con lo que se comenta en el apartado sexto, de “conclusiones y recomendaciones” del “informe final sobre comparación de patrones de servicios para pymes en el ámbito de la propiedad intelectual e industrial” (accesible en la *web* de la Dirección General de Política de la PYME, pp. 102 y siguientes).

Una observación inicial desde el marco societario que copará nuestra atención permite aseverar que hasta la fecha ha sido facilitador de la constitución de las sociedades limitadas –como forma social de capital mayoritariamente acogida en la práctica por las empresas y también por las *start-up*– a través del proceso de tramitación telemática. Esta tramitación no es aún todo lo facilitadora que podría llegar a ser. Podría acortarse y abarataarse aún más si la tramitación fuese íntegramente en línea. Hacia el acortamiento y el abaratamiento de los trámites a través de una tramitación completamente *online* se dirige la Directiva (UE) 2019/1151, de reforma de la Directiva (UE) 2017/1132; a transponer hasta el 1 de agosto de 2021, y a examinar en el capítulo cuarto de esta investigación.

Aunque de importancia clave, no consideramos suficiente¹⁰⁰ concentrarse en los trámites de constitución de una sociedad (ni de una sucursal). El reconocimiento de las singularidades de las *start-up* supondría el previo reconocimiento de su naturaleza jurídica especial¹⁰¹. En consecuencia, en nuestro parecer, aparecería la conveniencia de reformular para ellas (pero, no solo para ellas) el régimen jurídico establecido en el texto refundido de la ley de sociedades de capital. Las nuevas empresas acogen la mayoría de las veces la forma jurídica de la sociedad limitada, pero si salimos en busca de la forma jurídica más apta para el dinamismo ínsito en una *start-up* quizás haya que alterar, para simplificar más, aquel régimen jurídico hasta encontrar una forma jurídica mejor adaptada a sus especialidades, por ser más simplificada, flexible y maleable. Una vez encontrada, se trataría de establecer los requisitos legales para aplicar el régimen fiscal, financiero, laboral, administrativo y mercantil incentivador de la actividad empresarial de innovación.

Muchos son los requisitos que, en ordenamientos comparados, como el italiano¹⁰², se marcan para calificar como un nuevo tipo a la “*start-up innovative*”, inscrita temporalmente en una sección especial del *registro delle imprese*. Son requisitos de tiempo, de sede, de balance, sin distribución de utilidades, con objeto social innovador exclusivo o prevalente, y sin que proceda la empresa de un procedimiento de escisión o fusión. A ellos se añaden

100 En palabras de D. RIVERA, las medidas de facilitación de la tramitación para la constitución de las sociedades mercantiles “*han sido consideradas muy insuficientes por el sector*”. Vid. GALISTEO, A.; SEKULITS, C.: “Guía para entender la ley...”, op. cit.

101 Coincidiendo con el parecer del Ministerio de Economía y Empresa, según las fuentes citadas en *idem*.

102 *Legge 221/2012, 17-12-2012, di conversiones del D. L. 179/2012, detto “Decreto Cescita 2.o.” (Gazzetta Ufficiale n° 294, 18-12-2012).*

alguno de los tres siguientes requisitos adicionales: con investigación y desarrollo; con titularidad, depósito o licenciamiento de patentes; o con incorporación de doctorados en la plantilla.

Menores requisitos¹⁰³ son los que en la actualidad en nuestro país se exigen a las empresas para obtener el sello oficial de “pyme innovadora”: bien financiación pública competitiva para la investigación obtenida en los últimos tres años; bien demostración de actividad innovadora por la titularidad de patentes, o por un informe motivado vinculante positivo a efectos de la deducción fiscal por actividades de investigación y desarrollo e innovación tecnológica; o bien obtención de una certificación oficial como joven empresa innovadora (JEI), como micro o pequeña empresa innovadora o como sistema de gestión de la I+D+i.

Si la figura de la *start-up* se reconociera y definiera legalmente, como planteó la consulta pública previa a la aprobación de la ley de *start-up* (que próximamente se llevará a trámite legislativo), nos preguntamos si complementarían (y podría complementar) o sustituirían a la definición existente sobre la pyme innovadora. En tal caso, ¿habría dos categorías legales de empresas innovadoras: de un lado, las nuevas y, de otro, las pequeñas o medianas?, ¿sería necesaria para la *start-up* la certificación como joven empresa innovadora?, ¿de haber un límite máximo temporal para considerar a una empresa innovadora como *start-up*, sería más reducido que el período de seis años establecido para considerar a una empresa innovadora como joven (JEI)¹⁰⁴? o, dicho de otro modo, ¿hasta qué límite temporal sería considerada la *start-up*, en la expresión de la definición general de la consulta, como una “empresa de reciente creación”? Algunas voces¹⁰⁵ se muestran favorables a no restringir el modelo legal de *start-up* a las empresas de muy reciente creación, en tanto las que sobreviven durante los primeros años pueden alcanzar un gran potencial de expansión y, por ende, de inversión. Si el ciclo de madurez de una *start-up* puede abarcar una década¹⁰⁶, a este período temporal debiera atender la regulación para facilitar y potenciar su crecimiento mediante la inversión-financiación. Con inversión, quizás alguna *start-up* pudiera llegar

103 Los recogidos en el artículo 6 del Real Decreto 475/2014, de 13 de junio, sobre bonificaciones en la cotización de la Seguridad Social del personal investigador (BOE nº 144, 14 junio 2014).

104 Tomando como base la especificación técnica de AENOR EA 0043.

105 Como la de E. GÓMEZ DEL POZUELO, presidenta de *Womenalia*, en: GALISTEO, A.; SEKULITS, C.: “Guía para entender la ley...”, op. cit.

106 Vid. BARCIELA, F.: “La odisea de conseguir fondos...”, op. cit.

a transformarse en un unicornio¹⁰⁷. Las “empresas unicornios” –definidas como sociedades no cotizadas con un valor de más de mil millones de dólares estadounidenses– son buscadas (y no fácil encontradas)¹⁰⁸ para hacer crecer el ecosistema emprendedor innovador¹⁰⁹.

En ese crecimiento del ecosistema emprendedor innovador uno de los elementos primordiales sería la “creación de centros de innovación digital para la inteligencia artificial”. Por su promoción aboga el Parlamento Europeo en su Resolución, de 12 de febrero de 2019, sobre una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial (o IA) y robótica¹¹⁰. En su apartado 3.1.7 manifiesta la “necesidad de promover la adopción de la inteligencia artificial por parte de las pymes” y de las empresas emergentes. En esta necesidad subyace un doble reconocimiento, a modo de círculo virtuoso: el reconocimiento de “la importancia de las pymes para el éxito de la inteligencia artificial” y el reconocimiento de que “la inteligencia artificial puede impulsar a las pymes”. Para el acercamiento de la IA a las pequeñas empresas, la Comisión europea, en la iniciativa europea sobre la inteligencia artificial¹¹¹, planteó¹¹² facilitar a las pymes el acceso a las últimas tecnologías y alentar su ensayo. Para ello, apoyó el desarrollo de una “plataforma de IA a la carta”, a modo de punto de acceso único a todos los recursos relativos a la IA en Eu-

107 “Para tener un unicornio, en el 99% de los casos necesitas inversores o socios industriales”, en palabras de DROZDOV; recogidas en: HIDALGO PÉREZ, M.: “Rusia quiere unicornios...”, op. cit.

108 En la clasificación “*The Global Unicorn Club*”, de *CBInsights*, se muestran cuatrocientas setenta y seis compañías calificadas como unicornios (con valor de más de un billón de dólares) en julio de 2020. Accédase a través del siguiente *link* al listado completo: <https://www.cbinsights.com/research-unicorn-companies> (última consulta: 1 septiembre 2020).

109 “El sistema crece sobre estas empresas de más de mil millones”, según apuntara MARTÍN LARRAÑAGA, de Decelera; en palabras reflejadas en: BARCIELA, F.: “La odisea de conseguir fondos...”, op. cit.

110 2018/2088 (INT).

111 Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y a la Comité de las Regiones: “Inteligencia artificial para Europa”, de 25 de abril de 2018 (COM (2018) 137 final) (SWP (2018) 137 final). Esta iniciativa forma parte de la estrategia de la Comisión europea para la digitalización de la industria (COM (2016) 180 final), así como de la estrategia renovada de política industrial de la Unión Europea (COM (2017) 479 final).

112 En la página 9 de la Comunicación citada *supra* en la nota a pie de página anterior.

ropa a través de la red de “polos de innovación digital”¹¹³ (PID o *hub*). Por el refuerzo de esta “plataforma de inteligencia artificial a la carta” y de los “centros de innovación digital” apuesta la Comisión europea en el “Libro Blanco sobre la inteligencia artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza”, de 19 de febrero de 2020, para configurar un “ecosistema de excelencia” en el que también participen las pymes, accediendo y utilizando la IA¹¹⁴. Prever las oportunidades que la IA puede ofrecer para el progreso y la transformación digital de las pymes es avanzar en el apoyo a estas empresas. El impulso de las empresas pequeñas y emergentes a través de la IA y de ámbitos relacionados con esta inteligencia, como la cadena de bloques¹¹⁵, puede convertirse en uno de los elementos principales de la innovación empresarial, en específico, y de la innovación europea, en global, en avance hacia una “empresa inteligente”¹¹⁶ regulada por una “legislación inteligente”.

2. Un ecosistema emprendedor inclusivo¹¹⁷

Un ecosistema emprendedor eficiente –con una legislación inteligente que derribe las barreras que obstaculizan la creación y el crecimiento empresarial y favorezca medidas que lo estimulan– sería para las empresas con innovación, en general, y con innovación tecnológica, en particular. Sería para las que avanzan en innovación y en tecnología, como también en inteligencia artificial, robótica o realidad aumentada virtual. Sería para las *start-up* punteras en innovación y para los unicornios tecnológicos. Sería, en suma, para

113 Afirma la Comisión en la citada iniciativa sobre la IA la existencia de cuatrocientos polos de innovación digital. Están listados en la Comunicación de la propia Comisión sobre la digitalización de la industria europea, de 19 de abril de 2016 (COM (2016) 0180 final).

114 COM (2020) 65 final, 19 febrero 2020, pp. 3, 6 y siguientes y, en especial, p. 8. Todo ello bajo el “programa Europa digital” (p. 8).

115 Ejemplo de la suma de la inteligencia artificial más el *blockchain* es la plataforma DAIN: *Decentralized Artificial Intelligence Network*.

116 En calificativo que nos gustaría destacar y que tomamos de la reseñada iniciativa europea sobre la IA (p. 5).

117 Algunas ideas sobre un emprendimiento inclusivo, destacando la igualdad y no discriminación, escribimos, a los efectos del emprendimiento femenino en: GARCÍA MANDALONIZ, M.: “Fomentando la formalización del emprendimiento...”, op. cit., pp. 131-174. De algunas de aquéllas proceden algunas de estas.

las “empresas inteligentes”¹¹⁸, para potenciar la Europa digital en el período 2021-2027¹¹⁹.

Pero, no habría de ser solo para ellas. Habría de ser no solo para las empresas punteras en innovación sino para cualquier empresa que innove en cualquier sector de la economía, incluidos aquellos sectores más tradicionales¹²⁰. Pero, porque “la innovación puede debilitar la inclusión”, por el aumento de la brecha digital, hay que saber, además, combinar “las dimensiones de inclusión e innovación”. En las palabras entrecomilladas del área de retos sociales de Horizonte 2020 –“bandera de la Europa 2020”–, en una “Europa en un mundo cambiante” hay que “apoyar unas sociedades europeas inclusivas, innovadoras y reflexivas”. En un contexto de “creciente interdependencia económica” mundial es necesario reflexionar, además de sobre la innovación, sobre la inclusión para dar soluciones a la exclusión económica y social¹²¹. En esa reflexión buscamos un emprendimiento inclusivo. Buscamos favorecer el emprendimiento de colectivos desfavorecidos, el emprendimiento de fomento de la inclusión y la diversidad, y el emprendimiento innovador con valores e impacto social¹²². En definitiva, un emprendimiento innovador sin relegar la innovación social. Hacia esa búsqueda se encamina también la iniciativa eu-

118 Vid. *supra* la nota a pie de página nº 116.

119 El “programa Europa digital para el período 2021-2027” está sustentando en la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2018, por la que se establece el programa Europa digital para el período 2021-2027 (COM(2018) 0434). Complementada esta propuesta de Reglamento con la resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 17 de abril de 2019 (COM(2018)0434 – C8-0256/2018 – 2018/0227(COD)) (P8_TA(2019)0403).

120 Concordamos con VÍTOLO, D. R.: *Ley 27.349. Comentada*, Buenos Aires: Thomson Reuters, La Ley, 2017, pp. 7-8, cuando, al hablar de “la economía de la innovación”, indicaba que “la innovación puede y debe tener lugar en todos los sectores de la economía, por más tradicionales que sean” y, para ellos, ha de crearse un “entorno institucional que brinde los incentivos necesarios”.

121 En palabras recogidas del reto específico “Europa en un mundo cambiante: sociedades inclusivas, innovadoras y reflexivas” del área de retos sociales del programa marco de financiación de la investigación y la innovación en Europa para el período 2014-2020. Véase el portal español de este programa: “ESHorizonte 2020” en la siguiente URL del Ministerio de Ciencia e Innovación: <https://eshorizonte2020.es/> (última consulta: 1 septiembre 2020).

122 Lo buscamos nosotros. También lo busca la directora del mayor campus de *startups* en Francia, según puede leerse en: ESCANDÓN, P.: “Este edén del emprendedor...”, op. cit.

ropea sobre las empresas emergentes y en expansión. Consciente la Comisión europea del “crecimiento de la demanda de innovación social”¹²³ y del ingente potencial que para la innovación tienen las empresas emergentes sociales, plantea la necesidad de apoyarlas en un ecosistema de asesoramiento y financiamiento capaz de hacerlas superar sus problemas de recursos.

La estrategia para una nación emprendedora (ENE)¹²⁴, que anunciara en 2018 el Gobierno español, se articula en torno al eje central de las *start-up* para el impulso de la economía digital y de un ecosistema de iniciativas emprendedoras innovadoras de éxito, “independientemente de los factores económicos, sociales o geográficos en que tengan su origen”, según especifica la reseñada consulta pública como parte integrante de esta estrategia. El carácter inclusivo se muestra en esa aseveración de la consulta, como también en la alusión a la posibilidad de introducir “medidas de discriminación positiva para favorecer la diversidad de género en el emprendimiento e incentivarlo entre colectivos vulnerables”. El entorno legal debería ser, también a nuestro parecer, para todos los emprendedores innovadores sin distinciones por razón de género y con medidas específicas para corregir la desigualdad por género¹²⁵, así como con medidas para generar y potenciar el emprendimiento innovador entre los colectivos más desfavorecidos.

Una estrategia para una nación emprendedora también habría de incluir, a nuestro juicio, medidas de apoyo a las empresas en sectores económicos menos tecnológicos, más tradicionales o con fórmulas más tradicionales de desarrollar los negocios. Habría de ser para todos los emprendedores que acometen un negocio y para los empresarios con pequeños negocios consolidados que desarrollen sus actividades en el sector formal de la economía.

Sería para todos los emprendedores más o menos innovadores con igualdad e inclusión y, por tanto, sin distinción por razón de género como tampoco por motivos de raza, color, “idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”; en la literalidad del apartado b) sobre el “acceso a los

123 De conformidad a la página 11 de la citada Comunicación de la Comisión de 22 de noviembre de 2016.

124 Del Ministerio de Empleo y de Seguridad Social (Dirección General de Trabajo Autónomo, de la Economía Social y de la Responsabilidad Social de las Empresas), publicada en 2018, con un contenido de 64 páginas.

125 E. GÓMEZ DEL POZUELO propuso, en relación con la consulta pública, la promoción de proyectos empresariales innovadores femeninos. Así leído en: GALISTEO, A.; SEKULITS, C.: “Guía para entender la ley...”, op. cit.

servicios de inscripción del registro de empresas” de la guía legislativa de CNUDMI sobre los principios fundamentales de un registro de empresas¹²⁶. El principio de igualdad y no discriminación abarca a toda clase de condición en la recomendación treinta y tres de esta guía legislativa. Sus principios han de ser aplicables sin discriminación por razón de sexo, como tampoco por “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”¹²⁷, para preservar y garantizar el principio de igualdad suscrito en las leyes fundamentales nacionales, como se preserva y garantiza en el artículo 14 de la Constitución española.

Aunque la CNUDMI formula en esta guía legislativa el principio de no discriminación en términos excelsos, observa, acto seguido, la necesidad de incidir en la igualdad de derechos entre los hombres y las mujeres. Por ello, la recomendación siguiente, la 34, especifica la “igualdad de derechos de la mujer para acceder a los servicios de inscripción del registro de empresa”¹²⁸. El empoderamiento de la mujer es uno de los objetivos principales de las Naciones Unidas. Se expresa, desde el 18 de diciembre de 1979, en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer¹²⁹, y en su Protocolo facultativo, aprobado por la Resolución 54/4 de la Asamblea General, de 6 de octubre de 1999¹³⁰; así como en Resoluciones posteriores, como la 67/202¹³¹, de 21 de diciembre de 2012, donde se recuerda el papel de las mujeres como impulsoras de la iniciativa empresarial¹³². El empoderamiento femenino también debe figurar entre las prioridades de los Estados para derribar las desigualdades que, en su caso, padezcan las mujeres en materia económica con el ánimo de promover su destacado papel en el desarrollo y el crecimiento económico¹³³.

Aboga, en particular, la recomendación treinta y cuatro de la guía legislativa por los iguales y legítimos derechos de la mujer en el acceso a los servicios de inscripción del registro de empresas para dar comienzo a una actividad

126 Párrafo 167.

127 En la literalidad del artículo 14 de la Constitución española.

128 Recomendación 34, en concordancia con los párrafos 172 a 174.

129 Con entrada en vigor como Tratado internacional el 3 de septiembre de 1981.

130 En vigor desde el 22 de diciembre de 2000.

131 Resolución 67/202, de 21 de diciembre de 2012, de la iniciativa empresarial para el desarrollo (A/RES/67/202).

132 Sobre todo, en los países en desarrollo.

133 Párrafos 172 a 174 del Anexo de la Nota de la Secretaría de la CNUDMI de 10 de abril de 2018.

comercial, así como por la igualdad de los requisitos para la inscripción registral de las empresas sin discriminación alguna por razón de género. Aboga, en general, por un ordenamiento jurídico sin impedimentos legales para el emprendimiento, como no existen en el nuestro por refrendo del “principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia”; en la literalidad del artículo 5 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres¹³⁴.

Aboga, en general, por los “derechos empresariales” para empoderar a las personas menos favorecidas para que establezcan sus propias empresas como fórmula de autoempleo y empleo para “ganarse la vida”¹³⁵. En los derechos empresariales, como conjunto de derechos para operar en el mercado, se incluye el derecho a crear una empresa en el sector formal de la economía sin discriminación y con eliminación de las limitaciones legales¹³⁶. La operativa de las empresas en el sector de la economía formalizada conlleva “importantes efectos de empoderamiento” que se aprecian especialmente en el caso de las mujeres¹³⁷. Pero, más allá de su caso, también en el de otros sectores sociales vulnerables, como los desempleados, los jóvenes o los inmigrantes.

Para que se haga realidad el empoderamiento económico de los grupos económico-sociales más desfavorecidos es necesario, pero no es suficiente, el derrumbamiento de las barreras legales. Han de caer también los muros financieros, culturales y sociales. Ha de promulgarse un régimen legal “sencillo y previsible”, en los calificativos de aquella guía legislativa¹³⁸. Junto a una legislación “sencilla y directa”¹³⁹ y, por ende, inteligente, han de promocionarse otros incentivos para un emprendimiento inclusivo¹⁴⁰.

Un sistema electrónico eficiente de inscripción empresarial registral y una

134 BOE nº 71, 23 de marzo de 2007.

135 De conformidad con el Documento de la CNUDMI sobre la creación de un entorno jurídico propicio para el funcionamiento de las MIPYME (párrafo 4, p. 4).

136 En la definición del párrafo 4 del documento citado *supra* en la nota a pie de página previa.

137 Según resaltara el documento de la CNUDMI sobre el entorno jurídico propicio para las MIPYME en los párrafos 28 y siguientes, pp. 10 y siguientes, y, en especial, p. 12.

138 Página 14 de la Nota de la Secretaría de CNUDMI de 10 de abril de 2018.

139 Ídem.

140 El párrafo 23 (p. 12) de la Nota de la Secretaría de CNUDMI de 10 de abril de 2018 aludió a la necesidad de incentivos para la inscripción empresarial, añadiendo un listado ejemplificativo que, en parte, transcribiremos, a continuación, en el texto principal.

forma jurídico-societaria sencilla y flexible podrían facilitar aquel empoderamiento a través del emprendimiento. Desde el derecho mercantil y, en especial, el derecho societario puede contribuirse al empoderamiento económico y social de los grupos económico-sociales desfavorecidos. Hay que desempolvar “la conciencia de la importancia predominante que en el derecho mercantil moderno tiene el factor social”, en las certeras palabras del maestro GARRIGUES¹⁴¹.

Esas medidas para el emprendimiento han de acompañarse y acompasarse con el favorecimiento de las empresas inscritas (*rectius*, de las sociedades mercantiles con personalidad jurídica) al acceso a la financiación bancaria y alternativa a la bancaria, con una tributación favorable, además de con orientación y asistencia para la elaboración del plan de negocio, con una mentorización y asesoría empresarial de calidad, o con el suministro de infraestructura tecnológica a bajo coste¹⁴². Para los grupos más desfavorecidos de la sociedad habría que configurar, además de óptimas medidas financieras bancarias y extra-bancarias, por ejemplo, “redes de mentores”¹⁴³ para el refuerzo de la alfabetización empresarial y financiera hacia el incremento de las posibilidades de emprendimiento y de subsistencia en el emprendimiento, como fórmula de autoempleo y de empleo. Estas y otras medidas asesoras, financieras y fiscales serían adecuadas en un ideal ecosistema de soporte específico para quienes emprenden por necesidad, como intento de sustento económico personal y familiar; en un mundo mutado por la COVID que ha hecho mella en ese sustento.

3. Un ecosistema emprendedor sostenible

Si la aludida estrategia española para una nación emprendedora, que plantea una normativa para las *start-up*, la enlazásemos con la estrategia es-

141 En palabras del maestro J. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABETE en su discurso de investidura como doctor “*Honoris Causa*” por la Universidad de Génova, pronunciado el 10 de enero de 1966.

142 También el documento de la CNUDMI sobre la creación de un entorno jurídico propicio para el funcionamiento de las MIPYME contemplaría estos y otros incentivos estatales para “atraer a las MIPYME para que funcionen en el sector de la Economía formal” (pp. 13-14).

143 Tomando como analogía, en particular, la red de mentoría y el “club de líderes ciberemprendedores” y, en general, el ecosistema de “ciberemprendimiento” planteado en el plan de acción sobre emprendimiento 2020, pp. 15-17.

pañola de la economía social 2017-2020¹⁴⁴ –en el supuesto de que se renovase, como fuese renovación del programa de fomento e impulso de la economía social 2015-2016– tendríamos en nuestro país un marco inicial programático favorecedor de un entorno empresarial idóneo por caracterizarse no solo con los adjetivos de innovador e inclusivo, sino también de social y sostenible.

La estrategia española de la economía social pretende impulsar la economía digital en las entidades de la economía social¹⁴⁵, mediante el fomento del uso de las TIC y su adaptación a la era digital hasta alcanzar e impulsar las empresas sociales innovadoras (también las *start-up* sociales). Pero, más allá de su digitalización, pretende impulsar el modelo y los valores de la economía social como “motor de inclusión y prosperidad”¹⁴⁶. La finalidad principal de la estrategia española de la economía social es “el fomento de un modelo de crecimiento sostenible y solidario”¹⁴⁷ a través de programas y fondos de promoción y apoyo de las empresas y entidades de la economía social.

En el arduo, por lento y largo, recorrido de la economía sostenible hacia el que se encamina Europa en 2030, la Comisión europea presentaba, en enero de 2019, un documento de reflexión sobre una Europa más sostenible en 2030¹⁴⁸. Era la continuación de las reflexiones que lanzara, en marzo de 2017, en el Libro Blanco sobre el futuro de Europa; siguiendo la senda inicialmente marcada, en marzo de 2010, de la Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. Bajo este extenso debate está el firme y difícil compromiso de la Unión Europea de cumplir con los diecisiete Objetivos de Desarrollo Sostenible u ODS de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas¹⁴⁹.

144 Aprobada por Resolución, de 15 de marzo de 2018, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de diciembre de 2017, por la que se aprueba la estrategia española de la economía social 2017-2020 (BOE nº 69, 20 marzo 2018).

145 Eje quinto.

146 En palabras reflejadas en el prólogo de esta estrategia española de la economía social, p. 5.

147 En el subtítulo de la estrategia española de la economía social (reflejado en su portada). Así también en la página 10.

148 COM (2019) 22 final.

149 En la nota de prensa aparecida en julio de 2019 acerca del informe de seguimiento de los ODS, tras un quinquenio desde la asunción de los compromisos de la Agenda 2030, se resume que la Unión Europea solo ha alcanzado un notable progreso en 3 ODS. En primer lugar, el ODS 3, sobre la salud y bienestar. En segundo lugar, el ODS 1, sobre el fin de la pobreza. Y, en tercer lugar, el ODS 8, sobre el trabajo decente y el crecimiento económi-

Por lo que aquí más interesa, el camino hacia el cumplimiento de los ODS octavo y noveno se convierte en indispensable. La promoción del crecimiento económico inclusivo y sostenible junto con la inversión en innovación para el desarrollo económico-productivo, potenciados por los ODS octavo y noveno, han de ser los ejes principales por los que transite Europa. El logro de una mayor productividad económica mediante la innovación y la modernización tecnológica, como meta del ODS octavo, y la promoción de la innovación y del emprendimiento hacia una economía inclusiva y sostenible, como meta del ODS noveno, han de ser las guías para ese tránsito europeo. Bajo estos ejes y guías, las nuevas contribuciones y actuaciones de la Unión Europea aspiran a garantizar un futuro económico sostenible. En ese escenario futuro de transición hacia la consecución de un mayor nivel de sostenibilidad, plantea la Comisión europea “cambiar los modelos de consumo y producción”, garantizando “una transición socialmente justa” y promoviendo “los derechos sociales y el bienestar para todos”.

3.1. Una definición y un reconocimiento para visibilizar y potenciar a la empresa social

En ese cambio de los modelos productivos puede hallar un destacado lugar el emprendimiento colectivo social, como estímulo para una economía social y sostenible. En ese sentido, recalamos cómo la estrategia española de la economía social tiene como objetivo “la consolidación del modelo empresarial y los valores de las entidades de la economía social”¹⁵⁰, y encuentra como eje de actuación¹⁵¹ la “participación de la economía social en el diseño e implantación de la Agenda de los Objetivos de Desarrollo Sostenible”.

Bajo estos objetivos y ejes, consideramos que sería oportuno configurar un régimen jurídico adaptado a las peculiaridades de las empresas sociales dentro de un entorno económico y financiero que creara condiciones favorables para las empresas que tienen una misión social. Al igual que para las empresas innovadoras, para las empresas sociales (muchas de las cuales innovan) se precisaría un entorno normativo de apoyo e impulso. Para que pudieran

co y empresarial. Todo ello según los datos proporcionados por EUROSTAT en: “*Sustainable development in the European Union. Monitoring report on progress towards the SDGs in an EU context*”, 28 junio 2019, pp. 165-182.

150 También en el subtítulo de la estrategia.

151 Número 11.

desarrollar su potencial habría de configurarse un entorno (también legal) favorecedor de su nacimiento, crecimiento y florecimiento. Así lo comentaba el prefacio del compendio de buenas prácticas para el impulso del desarrollo de la empresa social que la OCDE y la Unión Europea publicaron en abril de 2017¹⁵². Concretarían después que el marco legal e institucional puede aportar “claridad, al definir la naturaleza, la misión y las actividades de las empresas sociales”¹⁵³.

El “análisis y desarrollo del marco jurídico de la economía social, con el objeto de eliminar las barreras que puedan impedir o limitar su desarrollo”, se alzó en el tercer eje¹⁵⁴ de la nombrada estrategia española de la economía social. Para que el derecho pueda contribuir a ir redirigiendo el modelo económico a la satisfacción de las necesidades sociales, buscando alcanzar la aspiración de la sostenibilidad, hay que eliminar, en efecto, las barreras limitadoras de su desarrollo. Dentro de este tercer eje, la medida catorce planteó estudiar el concepto de “empresa social” en el marco español, analizando su relación con el concepto en el marco europeo. El análisis de su concepto y definición serviría para su reconocimiento y regulación.

Para que la empresa social sea un agente clave de una realidad económica que tiende hacia un progreso social sostenible (o tecnológico-sostenible) sería útil su definición y reconocimiento legal. Es conveniente el reconocimiento para la visibilidad de la empresa social a través de un marco legal e institucional; implementando una estrategia social nacional, conforme insistiría el compendio de buenas prácticas para el impulso del desarrollo de la empresa social de la OCDE¹⁵⁵. Concretaría esa insistencia invitando a los legisladores nacionales a crear un apropiado entorno legal, bien adaptando la legislación vigente o bien aprobando una nueva legislación. Bien sea mediante la adaptación de la legislación vigente o bien sea mediante la aprobación de una nueva legislación, recomienda la OCDE que la normativa no sea rígida para que sea fácil de acoplarse a cualquier empresa social. Reconocimiento y regulación para las empresas sociales han ido apareciendo en varios Estados miembros de la Unión Europea, como Italia, Finlandia o Eslovenia; además de en otros

152 Vid. OECD: *Boosting social Enterprise development. Good practices compendium*, OECD; European Union, April 21, 2017, p. 3.

153 Página 17.

154 Páginas 30 y siguientes.

155 En páginas 17, 23 y 25.

Estados ya fuera de la Unión Europea, como el Reino Unido¹⁵⁶. En nuestro país recalcamos que la estrategia para la economía social propuso analizar el concepto de “empresa social” en relación con los conceptos existentes en el ámbito europeo para su reconocimiento “y su encuadre, en su caso, en el marco” de la legislación de economía social¹⁵⁷. Habría que analizar, por tanto, cómo encuadrar, en su caso¹⁵⁸, a la empresa social dentro de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de economía social¹⁵⁹.

Esta ley no identifica ni regula a la “empresa social”¹⁶⁰. Solo identifica otras formas legales preexistentes, como las cooperativas, las mutualidades, las asociaciones con actividad económica o las fundaciones, como “entidades de la economía social”, en un elenco no cerrado en el que cabrían “las entidades singulares creadas por normas específicas que se rijan por los principios establecidos” para la economía social¹⁶¹. Una de esas “entidades singulares creadas por normas específicas” fue propuesta, a través de la denominada “sociedad limitada de interés general” (SLIG), mediante una proposición de ley de apoyo a las actividades de los emprendedores sociales, el 10 de octubre

156 En el Reino Unido la *Companies (Audit, Investigations and Community Enterprise) Act 2004* por la que se introduce en 2005 la *Community Interest Company* (CIC). En Italia la *Legge ordinaria núm. 118, 13 giugno 2005, que delega al Governo concernente la disciplina dell'impresa sociale* y el *Decreto Legislativo núm. 155, 24 marzo 2006, della disciplina dell'impresa sociale* (Gazzetta Ufficiale n° 97, 27 Aprile 2006). En Finlandia la *Act on social enterprises (Laki núm. 135/2003, 30-12-2003, sociaalisista yrityksistä)*, en vigor desde el 1 de enero de 2004. Y en Eslovenia la *Social Entrepreneurship Act 2011*. Todas ellas son nombradas por el Comité Económico y Social en su Dictamen sobre el espíritu empresarial social y propuestas para su evaluación por parte de la Comisión europea de cara a comprobar su utilidad (p. 5 y, en especial, nota a pie de página n° 6).

157 La medida n° 14 de la estrategia española de la economía social propone el “estudio del concepto de empresa social en el arco español”, con un “análisis de las posibles implicaciones del reconocimiento de la figura de la empresa social” “y su encuadre, en su caso, en el marco de la ley de economía social” (p. 31).

158 Como así indica la medida 14 del tercer eje de la estrategia española de economía social.

159 BOE n° 76, 30 marzo 2011.

160 Así, DÍAZ, M.; MARCUELLO, C.; NOGALES, R.: *Social enterprises and their ecosystems in Europe. Country report: Spain*, Luxembourg: European Commission, 2020, pp. 23-24, donde se dibujan los distintos planteamientos de conexión entre los conceptos de “economía social” y “empresa social”.

161 En la literalidad del artículo 5.1 *in fine* de la Ley 5/2011.

de 2013¹⁶², como un subtipo de sociedad limitada “con objetivo social de interés común como razón de ser de la actividad comercial”¹⁶³.

No habiendo prosperado esa propuesta de subtipo de sociedad limitada –que hubiera estado regido, con especialidades, por la ley de sociedades de capital–, consideramos que podría incluirse dentro del “catálogo de las entidades de economía social” que la estrategia española de la economía social propuso elaborar¹⁶⁴ una fórmula societaria caracterizada por la simplicidad. Con una “fórmula empresarial de economía social”¹⁶⁵ de carácter simplificado que gozara de un favorecedor marco fiscal y laboral (como tienen incentivos fiscales y de Seguridad Social las cooperativas y las sociedades laborales)¹⁶⁶, las empresas sociales podrían apoyar la consecución de un crecimiento económico sostenible, susceptible de ofrecer respuestas a problemas económicos y sociales, como el desempleo. Estarían “creando un empleo inclusivo, de calidad y estable”¹⁶⁷ –en expresión y adjetivos del prólogo de la estrategia española de la economía social– y, añadimos, un trabajo decente.

Sería conveniente, en nuestra opinión, incluir en aquel “catálogo de las entidades de economía social” a una sociedad simplificada –en el caso de que se regulara, como propondremos regularla en el próximo capítulo–. Esa sociedad simplificada no solo sería para las actividades lucrativas sino también para las no lucrativas o no del todo lucrativas. Para ello, habría que suprimir las cortapisas que subsisten en el texto refundido de la ley de sociedades de capital hasta conseguir un pleno encaje que condujera a vertebrar la sociedad capitalista –paradigma de la eficiencia empresarial– como vehículo jurídico también apto para afrontar las características propias de las empresas socia-

162 Presentada por el portavoz del grupo parlamentario catalán a la Mesa del Congreso el 10 de octubre de 2013. Disponible en: <https://www.slideshare.net/UpSocial/proposicion-leyapoyoemprendedoressocialesciu151013> (última consulta: 1 septiembre 2020).

163 En palabras de la Exposición de Motivos de la reseñada proposición de ley; recogidas de la iniciativa europea en favor del emprendimiento social, de 25 de octubre de 2011.

164 Medida 18.

165 En expresión que tomamos de la estrategia española de la economía social: eje 2, punto 10, p. 29.

166 Los incentivos están recogidos y resumidos en el cuadro que figura en el Anexo I de la estrategia española de la economía social, pp. 59 y 60. También beneficios fiscales se solicitaron con ocasión de la propuesta que el grupo UpSocial hizo de la SLIG, como puede leerse en: <https://www.upsocial.org/es/noticia/la-propuesta-de-una-sociedad-limitada-de-interes-general> (última consulta: 1 septiembre 2020).

167 Página 6. Y como primer objetivo específico de la estrategia.

les, sin ánimo lucrativo por la reinversión de los beneficios en la consecución del objetivo social o con menor ánimo lucrativo por la necesidad de compatibilizarlo con el objetivo social.

Recuérdese que la Comisión europea definió a la “empresa social”¹⁶⁸ –en la iniciativa europea en favor del emprendimiento social, de 25 de octubre de 2011¹⁶⁹– como la empresa con un “objetivo social de interés común” –como “razón de ser de la acción comercial”– “cuyos beneficios se reinvierten principalmente en la realización de este objetivo social”¹⁷⁰. La limitación de la distribución de los beneficios entre los socios, a modo de reparto de dividendos activos, es esencial en este concepto europeo de empresa social. La primacía de la misión social se refleja en la limitación del reparto de beneficios por y para su reinversión principal hacia la consecución de ese fin social¹⁷¹.

La limitación en la distribución no tiene por qué implicar la anulación o la prohibición de la distribución, empero. Es tendencia doctrinal actual englobar dentro del concepto de “empresa social” no solo a las entidades caracterizadas por la no distribución sino también a aquellas otras que reparten con limitaciones las ganancias sociales entre los socios, siempre que ello no suponga desnaturalizar la finalidad empresarial social¹⁷². Más allá, el término de “empresa social” se ha venido aplicando no solo a las empresas sociales sin ánimo de lucro sino también a las empresas sociales con fines de lucro; aunque lo lucrativo y lo social, de inicio, pudiera chocar o confrontar. Las denominadas “empresas sociales con fines lucrativos” se han venido conceptualizando como aquellas empresas que generan mayores externalidades positivas que las compañías convencionales lucrativas¹⁷³. Avanzan en su misión social,

168 En las páginas 2 y 3 de esta iniciativa europea.

169 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Iniciativa en favor del emprendimiento social – Construir un ecosistema para promover las empresas sociales en el centro de la economía y la innovación sociales (COM (2011) 682 final; SEC (2011) 1278 final. Iniciativa que luego es acompaña del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre dicha Comunicación: DO C 229, 31 julio 2012, p. 44 (2012/C/229/08).

170 “Y cuyo modo de organización o régimen de propiedad [están] basados en principios democráticos o participativos u orientados a la justicia social”.

171 Así, DEFOURNY, J.; NYSSSENS, M.: “The EMES approach of social enterprise in a comparative perspective”, *EMES European Research Network*, nº 12/03, 2012, p. 14.

172 *Ídem*.

173 Vid. KATZ, R.; PAGE, A.: “The role of social enterprise”, *Vermont Law Review*, vol. 35, December 13, 2010, p. 86.

aportando retornos positivos para la Sociedad, en general, pero repartiendo “aceptables dividendos”¹⁷⁴ para los socios. Junto con las “*non profit social enterprises*” se alzarían o acumularían las “*for-profit social enterprises*” (también conocidas como “*social purpose business ventures*” o “*hybrid social ventures*”)¹⁷⁵. Unas y otras tendrían como denominador común la finalidad de abordar problemas sociales¹⁷⁶. Unas, las que no tienen ánimo lucrativo, no decidirían el reparto de beneficios en forma de dividendos entre los socios. Otras, las que sí lo tienen, podrían decidir el reparto de beneficios en forma de “aceptables” dividendos entre los socios, aunque con el riesgo latente de subordinar a ese reparto la misión social¹⁷⁷.

El régimen jurídico actual diseñado para la sociedad mercantil de capital encuentra dificultades para ajustarse a una empresa social no lucrativa donde las ganancias sociales no se reparten, sino que se reinvierten para profundizar en la actividad social. Sabiendo que uno de los derechos mínimos y abstractos del que goza el socio en una sociedad anónima o en una limitada es el de participar en el reparto de las ganancias sociales, ¿la autonomía de la voluntad permitiría hacer aquel ajuste? Pudiera hacerse a través de los mecanismos extraestatutarios de los pactos de socios o pactos parasociales. Pero, aunque así fuera, no habría que perder de vista que la supresión voluntaria del reparto de beneficios afectaría a un gran número de disposiciones legales articuladas en torno a ese reparto en forma de dividendos. A saber: las acciones sin voto, los dividendos preferentes, la morosidad del socio, la retribución de los administradores o el derecho de separación. Las dificultades que surgirían son evidentes. Para tratar de suplirlas, con vistas a conseguir el ansiado pleno encaje, opinábamos en un estudio previo¹⁷⁸ y seguimos opinando en el presente estudio que sería provechoso reformular el derecho de sociedades de capital¹⁷⁹ para que no tenga (solo) como pensamiento de base el reparto

174 *Ibidem*, p. 95.

175 Para estos calificativos y otros, como “*for-profit social business*” o “*for-benefit organizations*”, léase: *ibidem*, pp. 61-62.

176 *Ibidem*, p. 62.

177 *Ibidem*, p. 95.

178 Vid. GARCÍA MANDALONIZ, M.: “Desde el “*bank-based model*” hasta el “*non bank-based model*” en las microfinanzas: Una propuesta legislativa para la instauración y sostenibilidad de las instituciones microfinancieras en España”, *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa*, nº 25, cuatrimestre I, 2017, pp. 74-77; de donde tomamos no solo las ideas sino las palabras del presente párrafo del texto principal.

179 En la propuesta de FELIÚ REY, J. en: “Las empresas sociales: un nuevo reto para

de los beneficios a los socios como un derecho mínimo. La reforma que defendíamos¹⁸⁰ y defendemos dotaría a la regulación societaria de la suficiente simplicidad y flexibilidad¹⁸¹ –otorgando mayor primacía al principio rey de autonomía de la voluntad– como para acoger en su seno sin obstáculos legales a las sociedades sin ánimo de lucro.

Reclamamos, una vez más¹⁸², la reestructuración de las sociedades de capitales cuyos valores no cotizan en bolsa. Sería reestructuración de las sociedades no cotizadas con dotación de un marco jurídico que, sin descuidar la tutela de los intereses de las distintas partes implicadas, fuese suficientemente simple y moldeable como para cubrir las características de cualquier empresa lucrativa o no lucrativa. Sería un “*corpus*” societario que simplificara el emprendimiento colectivo, también el social sin ánimo de lucro. Bien es cierto que, para las empresas sociales que sí tuvieran ese ánimo lucrativo, subordinándolo a la misión y visión social, no se generarían tantos problemas de encaje en relación con el derecho genérico del socio al reparto de las ganancias sociales. Ahora bien, también para estas empresas sociales lucrativas convendría configurar alguna especialidad en el régimen jurídico general de las sociedades de capital para limitar, hasta un máximo, los beneficios totales que pudieran ser distribuidos entre los socios¹⁸³, a fin de no poner en riesgo

el derecho de sociedades”, *Pensar en Derecho*, año 2, n° 3, diciembre 2013, pp. 189, 202-205; a la que tuvimos ocasión de adherirnos en: GARCÍA MANDALONIZ, M.: “Desde el “*bank-based model*”...”, op. cit., p. 77, nota a pie de página n° 119.

180 Antes en: *ibidem*, pp. 74-77.

181 Además de en *idem*, por la flexibilidad y la simplicidad del derecho de sociedades de capital ya tuvimos ocasión de abogar en las conclusiones del siguiente capítulo de libro: GARCÍA MANDALONIZ, M.: “El cuestionado sentido...”, op. cit., pp. 335-336.

182 Como reclamáramos en nuestro capítulo de libro indicado *supra* en la nota a pie de página previa.

183 Por lo que al caso destacado del Reino Unido respecta, BLEND, J.: *Social Enterprise solutions for 21st Century challenges. The UK model of social Enterprise and experience*, Publications of Ministry of Employment and the Economy, 25/2010, pp. 39 y ss., comentaría que existe un variado rango de formas legales y organizativas para las empresas sociales. Entre ellas, encuentran un papel preponderante las *Industrial Provident Societies* (IPS), como *limited companies*, y las *community interest company* (CIC); específicamente establecidas, desde 2005, por la nombrada *Companies (Audit, Investigations and Community Enterprise) Act 2004*, para las empresas sociales con la característica de que hasta un máximo del 35% de los beneficios totales puede ser distribuidos a los inversores. Aunque hasta 2010 había más de cuatro mil CIC, la más común seguía siendo la IPS, regulada por la *Industrial and Provident Societies Act 1965* con dos submodalidades: la

la actividad e impacto social. Para unas y otras empresas sociales, en vez de incluir especialidades en el régimen general de las sociedades mercantiles de capital, se pudiera pensar, al inicio, en incluir un nuevo tipo o subtipo social. Este pensamiento inicial podría tener como inspiración las *community interest company* (CIC) británicas¹⁸⁴ o, al otro lado del Atlántico, las “*low-profit limity liability company*” (L3C)¹⁸⁵ estadounidenses, surgidas primero en el Estado de Vermont.

Recordamos cómo en nuestro Estado al hilo de la tramitación parlamentaria de la Ley de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo de 2013¹⁸⁶, se consideró “necesario crear un marco jurídico que facilit[as]e las actividades de los emprendedores sociales”. Para dar cobijo societario a las empresas sociales con ausencia de un ánimo lucrativo, durante aquella tramitación se planteó y rechazó la inclusión (en el Título XV de la ley de sociedades de capital) del nuevo subtipo de “sociedad limitada de interés general”, esto es, aquella SLIG que luego sería el objeto principal de la proposición de ley de apoyo a las actividades de los emprendedores sociales, de 10 de octubre de 2013¹⁸⁷, que tampoco prosperara.

Aun con rechazo en el pasado, en el futuro consideramos que sería pertinente retomar la reflexión y el análisis en torno a la necesidad de un marco jurídico-societario para la empresa social. Pero, en dicha reflexión opinaríamos, al final, que no sería oportuno añadir al organigrama tipológico vigente ni un tipo ni un subtipo social especial para la empresa social. Lo que venimos solicitando es una reforma general del régimen jurídico-positivo de las sociedades mercantiles no cotizadas, en aras a atender sin dificultades a la multiplicidad de esquemas mediante los que se canalizan las actividades empresariales (innovadoras o tradicionales) en el tráfico económico actual, con

primera, la *bona fide co-operatives* y, la segunda, la *benefit of the community (bencom)*, ambas bajo el registro de la *Financial Services Authority*.

184 Léase la nota a pie de página previa.

185 Section 4944 of the “*Internal Revenue Code 2006*” (I.R.C. 4944. c) 2006). Vid. VITELLO, C.: “Introducing the “low-profit limited liability company” (L3C): the new kid on the block”, *Loyola Consumer Law Review*, vol. 23, issue 4, article 6, 2011, pp. 565-579; donde, en p. 569, se indica que las “L3C are a specialized form of the traditional LLC” (*limited liability companies*) o, dicho de otro modo (en p. 579), que las “L3C are simply another form of LLC” [with] “a socially beneficial mission” (p. 569)

186 BOCG n° 43-3, Serie A, 29 mayo 2013, p. 158, en la enmienda número 187 planteada por el grupo parlamentario catalán.

187 Su referencia puede leerse *supra* en la nota a pie de página n° 162.

lucro o sin él. Reformándose para ajustarse a cualquiera de los requerimientos empresariales, unos más sociales que otros, unos con lucro y otros sin él, el derecho mercantil societario también podría convertirse en cauce y acicate de un sistema económico-social sustentado en los pilares de la solidaridad y la sostenibilidad.

Ponemos el cierre a este capítulo resaltando la sostenibilidad. Más sostenibilidad es “la piedra angular de la modernización [del] modelo social y económico” y el eje central de la estrategia europea (nueva o renovada) que tiene la vista puesta en el año 2030¹⁸⁸. Tomemos prestadas, una vez más¹⁸⁹, las palabras de quien fuese el presidente de la Comisión Europea, el Sr. BARROSO, reflejadas en el preámbulo de la estrategia “Europa 2020” por continuar hoy vigentes: “Para lograr un futuro sostenible, debemos mirar ya más allá del corto plazo. [...] Tenemos las nuevas herramientas y la nueva ambición. Ahora necesitamos hacer que se haga realidad”¹⁹⁰.

188 Plasmada en el documento de reflexión: “Hacia una Europa sostenible en 2030”.

189 Son palabras tan versátiles que antes las tomamos prestadas para: GARCÍA MANDALONIZ, M.: “Fomentando la formalización del emprendimiento...”, op. cit., p. 169; “La estrategia europea...”, op. cit., conclusiones y nota a pie de página nº 146.

190 Estas palabras corresponden al prefacio de la estrategia “Europa 2020” (pp. 2-3).

PARTE II

INTRODUCCIÓN

UNA FORMA JURÍDICA SOCIETARIA SIMPLIFICADA Y DIGITALIZADA

Reformar la legislación societaria y mercantil para adaptarla a la realidad del nuevo ecosistema empresarial.

Propuesta de la Asociación Española de *Fintech* e *Insurtech* (AEFI), en colaboración con Hogan Lovells, en: *Libro Blanco Insurtech*, junio 2019, página 73.

Las tecnologías han cambiado y seguirán cambiando el ecosistema empresarial y económico¹. El cambio es imparable. El ritmo del cambio es presuroso. Las tecnologías y el internet de las cosas en que se desenvuelven varían el tiempo y la forma en la que operan las empresas, en la que se dirigen, en la que se expanden y crecen, y en la que invierten y son invertidas². Se abren (o han de abrirse) las empresas hacia el mercado digital, que es internacional, con nuevos o transformados productos y servicios. Se abren nuevas empresas, se cierran otras. El ritmo de apertura y cierre o, en otros términos, de aparición y desaparición de las empresas es constante. Siempre lo ha sido, pero aumenta en lo que a las nuevas empresas de base tecnológica se refiere. Desaparecen por muy variadas razones, también por falta de suficiente financiación en el momento de su despegue o expansión. Para encontrar mayor acceso a las vías y recursos financieros, muchas se ubican o trasladan a mercados exteriores. Como hubo ocasión antes de enunciar y ahora de subrayar, hay emigración de empresas para el crecimiento empresarial; buscando inversión, si en España no la encuentran, o buscando la que propulse un superior crecimiento, si la que encuentran aquí no lo propulsa lo suficiente³. La inversión o, desde el otro lado de la moneda, la financiación para el nacimiento y el crecimiento empresarial no es el objeto de análisis (esencial sino solo adicional) de la presente investigación, empero.

1 Acerca de los positivos efectos de las TIC en el progreso económico y empresarial, léase, por ejemplo: LLOPIS VAÑÓ, F.: “Nuevos modelos...”, op. cit., pp. 246 y siguientes.

2 Aunque en un artículo periodístico con la mirada centrada en las empresas unicornios, de similar manera se expresaba esta idea, tomada de la gestora de la familia ENTRECANALES, en: OREGUI, P.: “¿Cómo subirse al próximo unicornio?”, *Diario El País*, 12 agosto 2018.

3 Como referenciábamos en el anterior capítulo, volvemos a citar a: BARCIELA, F.: “La odisea...”, op. cit.

Fundamental es analizar la presión regulatoria. Las consecuencias de los elevados requerimientos normativos (en las áreas, por ejemplo, fiscal y penal, de protección de datos, de servicios financieros o de gobierno corporativo) se sienten y temen por los directivos de las empresas como riesgos regulatorios (“ciegos”)⁴. Son estos riesgos los que más importan a las empresas (en este caso, más a las grandes empresas), por delante incluso de las incertidumbres tecnológicas y los ciberataques. Así lo reflejan los informes del *global risk landscape*⁵, elaborados por la organización profesional internacional BDO, en sus ediciones de 2017⁶ y 2018⁷, con las respuestas de quinientos directivos y líderes empresariales de distintos sectores económicos y países. Aparte del riesgo que ocasiona no adaptarse a la rapidez del cambio digital, la creciente regulación en distintos sectores económicos y, en particular, la materia de cumplimiento normativo y la exigencia de gestión de los riesgos derivada de las recomendaciones y normas de gobierno corporativo se considera en estos informes el riesgo superior en cualquier sector y geografía⁸. En la nuestra también es el riesgo regulatorio⁹ el más destacado para la empresa, por delante de los riesgos operacionales, políticos, tecnológicos o de ciberseguridad, y sumados a los riesgos fiscales. Así lo confirma el informe de perspectivas de España de 2019¹⁰, elaborado por la consultora KPMG en colaboración con la

4 Sobre los riesgos ciegos, véase *infra* el informe de 2018 citado en la nota a pie de página nº 7.

5 <https://www.bdo.co.uk/en-gb/insights/advisory/risk-and-advisory-services/global-risk-landscape-trends> (última consulta: 1 septiembre 2020).

6 Vid. BDO: *Global risk landscape 2017*, BDO, 2017, 32 pp.; consultable desde: https://www.bdo.co.uk/getmedia/7abc71f1-a21d-4cd9-94ee-99a10707659a/BDO_01_Risk2017_Final-Singles-min.pdf.aspx (última consulta: 1 septiembre 2020). Un resumen de este informe de 2017 se halla, por ejemplo, en: SÁNCHEZ, L. J.: “Los líderes empresariales ven la presión regulatoria como el riesgo más temido”, *Conflegal*, 31 agosto 2017. El 72% de los consultados consideraron que el riesgo regulatorio era el mayor riesgo empresarial.

7 Como se indica en la página 8 del siguiente informe: BDO: *Global risk landscape 2018: the innovative imperative*, BDO, 2018, 28 pp.; disponible en: <https://www.bdo.co.uk/getmedia/24c6a062-ce95-4b26-bf1b-17e433cb7c8f/Global-Risk-Landscape-Report-2018.pdf.aspx>.

8 Así, tanto en el citado informe de 2017 como en el de 2018 (p. 8).

9 Para el 69% de los empresarios consultados era el riesgo más importante.

10 <https://www.tendencias.kpmg.es/perspectivas-espana-2019/prioridades-y-desafios/> (última consulta: 1 septiembre 2020).

CEOE. Frente a la presión regulatoria como la principal amenaza¹¹, se solicita, como prioridad estratégica, la simplificación administrativa¹².

Esta solicitud de prioridad es una oportunidad para revisar la normativa actual. Con tal revisión se comprobarían los aspectos que funcionan y los que no. Tras esa comprobación podría proponerse un marco regulatorio más eficaz. La eficacia no significaría más regulación sino mejor regulación. Con regulación más simple y menos costosa de aplicar se generaría eficiencia. Una regulación más sencilla y menos costosa habría de abarcar diversas facetas, entre ellas, una menor carga tributaria para las primeras fases del emprendimiento innovador. Un sistema tributario más simple a estos concretos efectos podría ser uno de los ingredientes principales de la receta para una legislación que actuara no de freno sino de motor para un emprendimiento innovador, además de inclusivo y sostenible. En los beneficios tributarios, a modo de exoneraciones o moratorias en el pago de los tributos, podría incidirse para reducir el coste inicial de emprender. Pero, porque los efectos de estos incentivos pudieran ser más en el corto que en el largo plazo, en el que tenderían a descender o desaparecer¹³, habría que conjuntarlos con otro tipo de incentivos. Entre ellos, destacarían los laborales para el fomento de la contratación de trabajadores, también de colectivos desfavorecidos, o de atracción y retención del talento. Junto con los ingredientes fiscales y laborales, otro ingrediente básico sería la solicitada simplificación de la regulación administrativa, por ejemplo, para la reducción de los trámites y los plazos de licencias o permisos para la puesta en marcha de la empresa. Opinamos que, con la reducción de los pasos y los tiempos de la tramitación administrativa, junto con los beneficios fiscales y laborales, podría incrementarse el número y el éxito del emprendimiento innovador si consiguiera reducirse el costo de la legalidad y aumentarse las fuentes de financiación. Una reglamentación onerosa para el ingreso y el mantenimiento en el campo empresarial habría de transformarse en una reglamentación de sencillez y bajo coste de cumplimiento.

En los ingredientes principales, fiscal y administrativo, para un efecto sim-

11 Ya en el estudio de perspectivas España de 2017 se sentía la presión regulatoria como la principal amenaza. Vid. RELAÑO, V.: “La carga regulatoria, principal amenaza para la mitad de los empresarios”, *Muy pymes*, 12 mayo 2017.

12 De nuevo, <https://www.tendencias.kpmg.es/perspectivas-espana-2019/prioridades-y-desafios/> (última consulta: 1 septiembre 2020).

13 Según indicó LORA, E.: “La formalización del empleo en las ciudades colombianas”, *Dinero*, 9 noviembre 2017.

plificado de la regulación no podemos centrar nuestra atención, tampoco en el laboral; aunque en determinadas ocasiones se centrara o se centrará durante esta investigación. La atención principal la copa otro ingrediente: el mercantil societario. Este ingrediente adicional engloba diversos componentes a los que desde el presente estudio podremos atender: los referidos a la constitución societaria, los referidos a la configuración societaria y los referidos a la organización de la sociedad mercantil con la que actuar los emprendedores en el tráfico económico con responsabilidad limitada. La constitución, la configuración y la organización de la sociedad mercantil (no cotizada) serán los tres ejes de esta segunda parte (central) de esta obra.

Si antes de adentrarnos en cada uno de esos aspectos societarios echáramos la vista hacia el pasado, recordaríamos cómo la simplificación, además de la flexibilidad, fue la senda que pretendió marcar la aparición en nuestro panorama societario interno de la sociedad limitada nueva empresa (SLNE), como subtipo de la sociedad de responsabilidad limitada (SRL). Con la SLNE hubo un primer intento de configurar en nuestro derecho interno de las sociedades mercantiles un conjunto de reglas más simplificadas y flexibles que las de la SRL –donde este subtipo se injerta desde entonces– para favorecer el nacimiento de empresas. Aun con normas fiscales¹⁴ y mercantiles especiales para este subtipo social, tal intento quedó frustrado desde su origen¹⁵. Las reglas jurídico-societarias especiales de la SLNE incorporan cuantiosas restricciones cuantitativas y cualitativas¹⁶. En su constitución telemática hay simplificación de plazos, pero no de trámites¹⁷. La constitución telemática hace tiempo, además, que no es exclusiva ni excluyente de esta sociedad limitada (nueva empresa) especial, por ser también aplicable a la sociedad limitada

14 En la disposición adicional decimotercera de la Ley 7/2003, que originariamente reguló a la SLNE, se establecieron las “medidas fiscales aplicables” a este subtipo social.

15 Como desarrolláramos en: GARCÍA MANDALONIZ, M.: *La sociedad de responsabilidad limitada en el diván: el diagnóstico de la “personalidad múltiple” (desde el nacimiento de la sociedad limitada nueva empresa)*, Madrid: Marcial Pons, 2005, 174 pp. De esta monografía nuestra tomamos buena parte de las reflexiones que en torno a la SLNE se reflejarán a lo largo de las siguientes páginas.

16 *Ídem*.

17 VALPUESTA GASTAMINZA, E. M.: *La sociedad nueva empresa: Ley 7/2003, de la sociedad limitada nueva empresa*, Barcelona: Bosch, diciembre 2003, p. 26; VIERA GONZÁLEZ, A. J.: “Algunas consideraciones sobre el “proyecto nueva empresa” (Ante-proyecto de Ley de la nueva empresa)”, *RdS*, n.º 18, 2002, p. 450, coincidieron a la hora de señalar que no se trata de simplificación de trámites, sino de agilización.

general¹⁸. Una vez constituida (presencial o electrónicamente), la simplificación se evapora. A modo de ejemplos: la simplificación en la denominación es sólo agilización para el momento de su obtención; y la simplificación de la junta general, en lo que a su convocatoria por procedimientos telemáticos se refiere, resulta también viable en la SRL¹⁹ y, por tanto, no es propia o única de la SLNE. Otra de las materias que adjetivó de extrema sencillez la Exposición de Motivos de la (ya derogada) Ley 7/2003 que la reguló (antes de que su regulación se refundiera en la ley de sociedades de capital), como fue la (subsistente) prohibición de organizar el órgano de administración de la SLNE en forma de consejo, más que simplificar, y aun sin complicar, pone trabas a la libertad de pacto. La autonomía de la voluntad también se restringe a la hora de la modificación de los estatutos sociales, en tanto solo pueden ser revisados en los extremos de la denominación y el domicilio social o en el de la cifra del capital dentro del mínimo y máximo legal²⁰. Tras el estandarte de la simplificación proclamada en el preámbulo de aquella ley de 2003, que en su origen la reguló, se atisba escondido el hacha que co(ar)ta la libertad contractual. Ni la simplificación ni la flexibilidad diseñan la realidad del régimen jurídico de la SLNE como sociedad limitada especial. Aun con abundantes limitaciones cuantitativas y cualitativas en su regulación, este subtipo societario sobrevive, bien que con escasa aceptación en la práctica²¹. La supervivencia será hasta que se apruebe (con muchas dudas de que se apruebe) bien el Código mercantil proyectado, que dictamina su supresión, o bien una regulación societaria realmente simplificada como la que desde aquí se pretende.

No es en los términos restrictivos descritos en los que se desenvuelve en el país vecino la simplificación²² de la *société par actions simplifiée* (SAS).

18 Desde el 28 de febrero de 2007.

19 En virtud del artículo 173 del texto refundido de la Ley de sociedades de capital (LSC).

20 Conforme al artículo 450.1 LSC.

21 En la estadística mercantil correspondiente al ejercicio de 2019 se expone (en la p. 29) que el número total de constituciones de SLNE durante ese año fue dieciséis.

22 ALONSO UREBA, A.: “La sociedad limitada nueva empresa y el proceso de reforma del Derecho español de sociedades”, en ALONSO UREBA, A.; LÉVI, A.; VIERA GONZÁLEZ, A. J.: *Las pequeñas y medianas empresas y la reforma del Derecho de Sociedades en la Unión Europea*, Madrid, 4 febrero 2004, indicó, en este sentido, que la simplificación de la SLNE es simplificación en la creación, distinta a la simplificación de los precedentes societarios europeos.

Cuando fue aprobada mediante la *Loi n° 94-1, du 3 janvier 1994*²³, el propósito de la SAS gala fue configurar una estructura societaria simplificada válida, en principio, para la cooperación entre las empresas de grandes dimensiones y los establecimientos públicos del Estado que desarrollasen actividades industriales o comerciales y no estuvieran sometidos a las reglas de la contabilidad pública²⁴. La SAS eliminó *ab initio* las barreras legales a la cooperación, para alzar otra: la referida a la magnitud de las empresas cooperadoras. La figura societaria comparada se ideó en sus orígenes para la colaboración entre las grandes empresas. Con la trascendental reforma legal operada merced al artículo 3 de la Ley n° 99-587, de 12 de julio, de innovación e investigación, aquel propósito funcional inicial sufriría una honda transformación. La SAS abrió su horizonte, desde entonces, para albergar a cualquier sociedad mercantil capitalista de cariz cerrado. Pero, la SAS que, para la sociedad cerrada, configuró la ley de 1999 no encontró un perfil diferenciador claro porque entraba en colisión²⁵ tanto con la sociedad anónima no cotizada, como con la

23 *Loi n° 94-1, du 3 janvier 1994*: JO 4 de enero de 1994, pp. 129 y siguientes. Esta Ley de 3 de enero de 1994, que dio lugar a la SAS francesa, modificó la *Loi n° 66-537, du 24 juillet 1966, sur les sociétés commerciales*, para dar cabida en su seno a la recién estrenada sociedad en una nueva sección, la XI, dentro del capítulo IV del Título I que esta Ley dedicaba a las sociedades por acciones (arts. 262.1 a 262.20). La Ley del año 1994 incorporó, además, mediante su artículo 5 una sección X, “*Dispositions concernant la société par actions simplifiée*”, en el capítulo II del Título II de la Ley de 1966: artículos 464.1 a 464.4. Modificó, asimismo, a través de sus artículos 6 y 7.I, los artículos 439, 450, 457, 458, 464.2 y 464.3 de la misma Ley del año 66. Con el Código de Comercio francés, que fue publicado en el *Journal Officiel* el 21 de septiembre de 2000 (*Ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000, relative à la partie législative du Code de Commerce*), esos preceptos de aquella Ley del 66 fueron derogados. En la actualidad la regulación de la SAS está contenida en los artículos L 227-1 a L 227-20 y L.244-1 a L.244-4, dentro del capítulo VII del Título II de la *partie législative* del *Code de Commerce*.

24 Esta colaboración, a través de la constitución de filiales comunes, no estaba siendo satisfecha ni por la sociedad anónima ni por el *groupement d'intérêt économique* (GIE). En el caso de la anónima, por la rigidez de su régimen jurídico que hacía especial énfasis en la tutela del acreedor y del socio minoritario. En el caso del GIE, por el régimen de responsabilidad y por la imposición de que su objeto social incluyera la misma actividad que los objetos sociales de sus fundadores. Vid., por todos: VIERA GONZÁLEZ, A. J.: “La nueva reforma del sistema de sociedades de capital francés. La novísima sociedad por acciones simplificada que configura la Ley núm. 587/1999, de 12 de julio sobre innovación e investigación”, *RdS*, n° 14, 2000-1, p. 632.

25 Vid. VIERA GONZÁLEZ, A. J.: *Las sociedades de capital cerradas. (Un proble-*

société à responsabilité limitée (SARL). En esta competencia directa pondría un toque de armonía la Ley 2001-420, de 15 de mayo, de nuevas regulaciones económicas²⁶. Reservó la sociedad anónima para la sociedad abierta y dejó que la sociedad cerrada se acercase cada vez más a la SAS²⁷. Más se acerca cuando se excepciona, en 2014²⁸, la necesidad tanto del capital mínimo legal como de la escritura pública para su constitución; salvo en el caso de que haya aportaciones inmobiliarias, supuesto en el que la escritura retorna a ser necesaria.

Girando la mirada desde Francia hasta Alemania, se recuerda que el tono imperativo con que se había concebido en 1965 a la *aktiengesellschaft*²⁹ quedó mitigado con la dosis de simplificación que imprimió la *Gesetz für Kleine Aktiengesellschaft und Deregulierung des Aktienrechts*, de 2 de agosto de 1994³⁰, a la pequeña sociedad por acciones. No como tipo societario nuevo sino como especie o subespecie de la sociedad anónima³¹, el aligeramiento de rigideces³² propio de esta “pequeña sociedad anónima” tuvo como finalidad

ma de relaciones entre los tipos SA y SRL), Navarra: Aranzadi, 2002, pp. 108, 116-117; VIERA GONZÁLEZ, A. J.: “La nueva reforma...”, op. cit., p. 641.

26 *Journal Officiel du 16 mai 2001*.

27 Vid. VIERA GONZÁLEZ, A. J., *Las sociedades...*, op. cit., p. 118.

28 *Loi n° 2014-1662, du 30 décembre 2014, portant diverses dispositions d’adaptation de la législation au droit de l’Union Européenne en matière économique et financière* (JOFR n° 0302, 31 décembre 2014, p. 23238). El artículo L. 227.1 del *Code de Commerce* excepciona para la SAS el capital social mínimo de treinta y siete mil euros que establece el artículo L.224.2 para las *sociétés par actions*.

29 *Aktiengesellschaft* o *anonymescompagnien* para denominar a la sociedad anónima alemana.

30 *Bundesgesetzblatt* n° 52, de 9 de agosto de 1994, Teil I, pp. 1961-1962. Una traducción al castellano de esta Ley alemana se proporcionó en: ALCALÁ DÍAZ, M. A.: “Ley alemana sobre la sociedad anónima pequeña y desregulación del Derecho de sociedades anónimas (*Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts*) de 2 de agosto de 1994, publicada en *Bundesgesetzblatt* de 9 de agosto de 1994”, *RdS*, n° 4, 1995, pp. 354-355.

31 Vid. MIQUEL RODRÍGUEZ, J.: “La reforma de la Ley alemana de sociedades anónimas (*Aktiengesellschaft-Gesetz*)”, *RJC*, n° 2, año XCIV, 1995, p. 208; ZABALETA DÍAZ, M.: “La simplificación del derecho de sociedades en el marco de la competencia de los mercados y de la competencia entre ordenamientos: el caso alemán”, en HIERRO ANIBARRO, S.: *Simplificar el derecho de sociedades*, Madrid: Marcial Pons, 2010, pp. 113-114 y 115 y siguientes.

32 Como tuvimos ocasión de adelantar en nuestra siguiente monografía: GARCÍA

adaptarse a las sociedades no cotizadas que tuvieran en mente la conversión en sociedades cotizadas. De ahí la calificación doctrinal como “puente” o “estadio intermedio” entre la sociedad cerrada y la sociedad abierta³³. Pese a la importante tarea simplificadora que desencadenó la pequeña sociedad por acciones respecto de la rígidamente regulada anónima alemana, no hubo alusión a esa simplificación en el *nomen iuris* de esta figura societaria sino solo mención al tamaño, menor, de la empresa a la que se destinaba, aunque más que en la pequeña fuese pensada para la mediana y aunque también la gran empresa pudiera acogerse a ella³⁴. La sociedad anónima germana encontraría su ámbito subjetivo de aplicación para la sociedad abierta que, generalmente, coincide con la gran empresa mientras que la pequeña sociedad por acciones tendría capacidad para refugiar en su seno a la empresa mediana, como sociedad cerrada, que luego pudiera ser potencialmente cotizable en el mercado de capitales³⁵. Ese tránsito desde la sociedad cerrada hasta la sociedad abierta lo favorece esta pequeña sociedad por acciones. No está planteada o pensada para la pequeña empresa, pese a que lo pequeño figure en su nombre. Para las pymes la pequeña sociedad anónima no resulta la mejor alternativa. Para las pymes mejor es la sociedad de responsabilidad limitada³⁶.

Los cuadros tipológicos galo o germano pudieran servir de alguna orientación para aquí caminar rumbo hacia la “desregulación societaria” y la anu-

MANDALONIZ, M., *La sociedad de responsabilidad limitada en el diván...*, op. cit., las cuestiones en que se plasmó la simplificación de la “pequeña sociedad anónima” fueron el reconocimiento legal de la junta universal, la facilitación de la convocatoria de la junta general mediante cartas certificadas, la admisión de la fundación de una sociedad anónima unipersonal, y la supresión del depósito del informe de fundación realizado por un experto independiente en la Cámara de Comercio e Industria correspondiente al domicilio de la sociedad. Se alentó, además, la posibilidad de no documentar notarialmente los acuerdos rutinarios adoptados en junta que no se refirieran a la modificación de los estatutos, al aumento y reducción del capital social, a la disolución, fusión, escisión o a la transformación. Hubo, asimismo, un robustecimiento de la autonomía de la voluntad en materia de aplicación del excedente del ejercicio. Vid., ad ex., MIQUEL RODRÍGUEZ, J.: “La reforma...”, op. cit., pp. 210-214; VIERA GONZÁLEZ, A. J.: *Las sociedades...*, op. cit., pp. 94-97; ZABALETA DÍAZ, M.: “La simplificación del derecho de sociedades...”, op. cit., pp. 115 y siguientes.

33 En calificación de M. ZABALETA DÍAZ, en: *ibidem*, pp. 115, 121.

34 Como así se matizó en: *ibidem*, p. 115.

35 Vid. MIQUEL RODRÍGUEZ, J.: “La reforma...”, op. cit., pp. 208-209; VIERA GONZÁLEZ, A. J.: *Las sociedades...*, op. cit., p. 92.

36 Así, en: ZABALETA DÍAZ, M.: “La simplificación del derecho de sociedades...”, op. cit., p. 121.

lación de la “polivalencia funcional”³⁷. El “problema tipológico” no está aún resuelto y está sin visos de resolver. Las dos principales formas de sociedades de capitales, anónimas y limitadas, se hallan en una relación de cierta concurrencia que el legislador español nunca ha eliminado. Persiste en el interior de nuestras sociedades capitalistas el sistema dualista³⁸, de origen alemán y con raigambre en el sistema europeo-continental, con descarte del sistema monista, más propio de los países anglosajones. Para anular redundancias, con un régimen simplificado y flexible capaz de cubrir las distintas necesidades de las grandes, medianas y pequeñas, nuevas y maduras, sociedades cerradas o no cotizadas, podría conducirse hacia un sistema unitario de las sociedades de capital que no cotizan en Bolsa.

En ese sistema, una primera opción podría ser erigir a la anónima en el único tipo social; dividido en sociedad abierta y cerrada. Para las que no apelean al ahorro público por medio de una oferta *ad incertam personae*, la regulación debiera ser flexible y simplificada, fortaleciendo la autonomía estatutaria, para adaptarse a los distintos tamaños empresariales en las distintas fases de desarrollo empresarial, por las que con tanta velocidad transitan las “empresas gacelas” y, más aún, las “empresas unicornio”. Esta primera alternativa planteada³⁹ prescindiría del régimen jurídico de la (muy extendida en la *praxis*) sociedad limitada, en aras a configurar uno circunscrito a la anónima, dotado para las sociedades cerradas de suficiente simplicidad y flexibilidad tanto en la constitución como en la organización.

37 Vid., *ad ex.*, GONDRA ROMERO, J. M.: “La posición de la sociedad de responsabilidad limitada en el marco de la reforma del Derecho de sociedades”, en ALONSO UREBA, A. (et. al.) (coords.): *La reforma del Derecho español de sociedades de capital (Reforma y adaptación de la legislación mercantil a la normativa comunitaria en materia de sociedades)*, Madrid: Colegios Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, y Notarial de Madrid; Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1987, p. 931 (después publicado en: “La posición de la sociedad de responsabilidad limitada en el marco de la reforma del Derecho de sociedades”, en POLO, A. (et al.): *¿Sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada? La cuestión tipológica*, Madrid: Civitas, 1992).

38 A la “canonización” del sistema dualista dentro de las sociedades de capital aludió, verbigracia, ESTURILLO LÓPEZ, A.: *Estudio de la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid: Civitas, 1996, p. 52.

39 Este camino conduce a “la solución anglosajona de la “unidad de la *company*””, esto es, a la “unidad de forma de la sociedad capitalista, con una polivalencia funcional derivada de la pluralidad de tipos –pocos, pero flexibles– dentro de una misma forma social”, predijo MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: “Algunas reflexiones...”, *op. cit.*, p. 126.

Ese primer modelo desembocaría en una sociedad anónima o por acciones simplificada, que buscara y hallara el estilo de la SAS francesa o, al otro lado del Atlántico, de la SAS colombiana. La colombiana en la francesa inspira sus raíces y, a su vez, es raíz tanto de la sociedad por acciones simplificada que regula la ley modelo de la Organización de los Estados Americanos (OEA)⁴⁰ como de la ERL-CNUDMI⁴¹, esto es, de la entidad de responsabilidad limitada que la CNUDMI propone en el proyecto de guía legislativa que va definiendo el grupo de trabajo I de este organismo internacional.

Esbozando otra opción, en vez de una sociedad por acciones simplificada, como la colombiana o la francesa, pudiera plantearse, en cambio, en el ordenamiento jurídico español una sociedad de responsabilidad limitada simplificada, como la *società a responsabilità limitata semplificata* italiana. Está prevista en el artículo 2463 bis del *Codice Civile*, desde que fuese añadido este precepto por el artículo 3 del *Decreto Legge n° 1, 24 gennaio 2012*⁴² y está regulada –con regulación detallada– en el *Decreto ministeriale n° 138, 23 giugno 2012*⁴³. A su través, se permite en Italia constituir una sociedad mercantil de capital con formato de sociedad limitada simplificada mediante un modelo de estatuto social estandarizado y con un capital mínimo de un euro, aunque solo hasta un máximo legal de capital inferior a diez mil euros. No esta limitación legal de la cuantía máxima del capital, pero sí la idea de que fuese la sociedad de responsabilidad limitada, en vez de la sociedad anónima, el tipo (o subtipo) social simplificado podría trasladarse a nuestro sistema jurídico-mercantil interno. La razón para este traslado engazaría con el dato de que la sociedad de responsabilidad limitada es

40 La Asamblea General de la OEA aprobó la Ley modelo sobre la sociedad por acciones simplificada por Resolución aprobada en la primera sesión ordinaria de 20 de junio de 2017 (AG/RES.2906 [XLVII-0/17]). El proyecto de esta Ley modelo había sido aprobado por la Asamblea General de la OEA el 10 de agosto de 2012, y antes por el Comité Jurídico Interamericano (CJI) (CJI/RES.188 [LXXX-0/12]).

41 Comenta el profesor F. REYES VILLAMIZAR, impulsor de la Ley colombiana de la SAS, que el proyecto de guía legislativa de ERL-CNUDMI ha sido “vigorosamente impulsado por Colombia durante los dos últimos años”. Vid. REYES VILLAMIZAR, F.: “Era indispensable salir del ancestral letargo del derecho privado colombiano”, *Ámbito Jurídico*, 12 diciembre 2013. Así mismo, léase: REYES VILLAMIZAR, F.: “La SAS colombiana es la base de leyes modelo propuestas en la OEA y UNCITRAL”, *Revista Foro de Derecho Mercantil*, n° 38, enero-marzo 2013, pp. 7-11.

42 *Gazzetta Ufficiale n° 19, 24 gennaio 2012*.

43 *Gazzetta Ufficiale n° 189, 14 agosto 2012*.

aquí el tipo societario más frecuentemente utilizado⁴⁴, más aún por las más pequeñas empresas.

Ni por la sociedad anónima, ni por la sociedad de responsabilidad limitada se decanta, sin embargo, la CNUDMI en los trabajos preparatorios de la guía legislativa sobre la ERL-CNUDMI. En realidad, habla de “entidad” y no de “sociedad”, pretendiendo desvincularse del derecho de sociedades vigente. Sin decantamiento y con desvinculación, las opciones para los ordenamientos jurídicos internos son múltiples para acoger una sociedad (o entidad) simplificada: añadirse como otro tipo social, configurarse como un subtipo de uno de los tipos sociales existentes, ser mezcla de varios de los tipos societarios o desprenderse de ellos hasta configurar un derecho de las entidades simplificadas de naturaleza no societaria, más amplio que el derecho de las sociedades.

Las variadas opciones no las indica, no las limita, la CNUDMI, solo las deja entrever. Desde ese vasto planteamiento, plantearémos nosotros las propias; no las únicas, no las mejores. El proyecto de guía legislativa de la ERL-CNUDMI no se describirá con minuciosidad en las siguientes páginas, pero servirá de orientación para ir construyendo una revisión de la regulación para la configuración de una sociedad (¿o entidad?) simplificada.

Cabe recordar que el proyecto de guía legislativa de la ERL-CNUDMI corre en paralelo con la guía legislativa que la CNUDMI ha preparado (también desde su grupo de trabajo I) y aprobado para indicar unos principios fundamentales para el registro electrónico y eficiente de las empresas. En esta otra guía sobre el registro empresarial nos centraremos en el segundo de los capítulos (el cuarto de la obra) que conforman esta segunda parte. En él también adquirirá importancia capital la nueva Directiva europea de digitalización que plantea la electrificación de todo el proceso de constitución, al menos, de las sociedades de responsabilidad limitada.

En suma, el orden que a partir de ahora tendrá el presente estudio será el que se anuncia de seguido: primero, la configuración simplificada de la sociedad (en el tercer capítulo); segundo, la constitución electrónica de la sociedad (en el cuarto capítulo); tercero, la organización societaria simplificada y digitalizada (en el quinto); y, cuarto, la digitalización del buen gobierno de la sociedad (en el sexto y último).

En el capítulo (tercero) próximo a comenzar, cuando se analice la configuración simplificada o, en otros términos, la simplificación de la configuración,

44 Como cada año se encargan de demostrar las estadísticas mercantiles sobre constitución de empresas con forma societaria.

se plantearán distintas opciones para su encaje en el sistema jurídico interno. Algunas de las opciones enlazarán con las siguientes cuestiones: ¿un derecho de las sociedades simplificadas con responsabilidad limitada incardinado en el derecho de las sociedades mercantiles?, ¿un derecho de las entidades empresariales simplificadas caracterizadas por la responsabilidad limitada separado del derecho de las sociedades mercantiles? o ¿un derecho simplificado de las sociedades de responsabilidad limitada?

HACIA LA SIMPLIFICACIÓN EN LA CONFIGURACIÓN SOCIETARIA

Uncorporation: a new age?

RIBSTEIN, L. E.: "Introduction to the "uncorporation"", *University of Illinois Law Review*, vol. 2005, nº 1.

Un clásico derecho de sociedades, con un mayor número de normas imperativas que dispositivas, caracterizado por una baja tasa de flexibilidad puede provocar la "huida"¹ de los emprendedores desde las formas sociales mercantiles hacia formatos más fáciles, ágiles y baratos de constituir y organizar. Sencillos son los de las sociedades civiles y las comunidades de bienes (empresariales); pese a que los tipos civiles no sean la estructura jurídica más apropiada para desenvolver las actividades empresariales de carácter comercial, industrial o de servicios². Para que se produzca el regreso o, al menos, no se incremente esa "huida", el derecho mercantil societario no cotizado habría de agilizarse, abarataarse y flexibilizarse. Habría de atender a las necesidades actuales de los emprendedores con una reducción de los costes y los formalismos y con un aumento de la libre autonomía. Habría de aclimatarse a las realidades empresariales y, al tiempo, a las tendencias societarias contemporáneas que han demostrado ofrecer resultados positivos en otros ordenamientos y economías³. Tal aclimatación sería a través de un enfoque legislativo innovador con pretensión de dar una óptima respuesta al empresariado que desarrolla sus actividades en un entorno económico cada

1 A la "huida de los empresarios hacia las formas de organización más flexibles y menos costosas, que oferta el derecho civil y el derecho laboral", se referiría, por ejemplo: HIERRO ANIBARRO, S.: "Una introducción a la simplificación...", op. cit., p. 18; quien lo calificaría como "una competencia entre disciplinas jurídicas".

2 GÓMEZ LIGÜERRE, C.: "El renacimiento...", op. cit., pp. 184 y siguientes, especificó que "los tipos civiles no presentan la estructura legal más adecuada para aprovechar oportunidades de negocio" por "problemas para obtener financiación ajena" o en "la sociedad civil y la comunidad de bienes por su vinculación a las circunstancias personales de socios y comuneros".

3 Vid. REYES VILLAMIZAR, F.: SAS..., op. cit., prefacio: xiii, xvi, xvii y p. 13.

vez más volátil y glocalizado, más inmediato y comunicado. Aquella innovación habría de aunar las ventajas de la flexibilidad y la simplicidad en lo que se refiere a la configuración o caracterización de la sociedad mercantil a través de la que actuar en el tráfico económico.

Esa innovación, con el apoyo doble de la flexibilidad y la simplicidad, permitiría configurar a la sociedad mercantil con una estructura ligera o “leve”⁴, por dispositiva, y con los caracteres principales de la personalidad jurídica, la responsabilidad limitada, la generalidad del objeto social y la desaparición del capital social mínimo legal. Así, en general, nombrados estos caracteres principales hacen rememorar a algunos de los que sirvieron de base para presentar como “nuevo “tipo comunitario” de sociedad”⁵ pensado para las pymes a la sociedad privada europea (SPE)⁶. También, tras su retirada en octubre de 2013⁷, para alzar, en abril de 2014, la estructura (pronto decaída o, mejor dicho, nunca alzada) de la “*societas unius personae*” (SUP)⁸.

4 A la “*levedad de la estructura orgánica*” hay una referencia en: *ibidem*, p. 1, a la hora de describir la “*regulación leve y de espectro generalmente dispositivo*” de la SAS colombiana.

5 Vid. ESTEBAN VELASCO, G.: “La propuesta de Directiva sobre la “*Societas Unius Personae*” (SUP): las cuestiones más polémicas”, *El Notario del siglo XXI*, n° 60, marzo-abril 2015 (procedente de la conferencia que pronunciara en la Academia Matritense del Notariado de 27 de marzo de 2015).

6 Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Privada Europea (SPE) (COM (2008) 396 final). El antecedente u origen de la SPE se situaría en el estudio que en 1973 realizó el Centro de Investigación sobre el Derecho de los Negocios (CEDRA), titulado: “Por una sociedad de responsabilidad limitada europea”. Vid. PORRES DE MATERO, M. C.: “Proyecto de Reglamento de la sociedad privada europea”, *RdS*, n° 13, 1999, pp. 405-412.

7 Anunciada su retirada en el Anexo del siguiente documento: COM (2013) 685 final.

8 “*Draft Directive on a single private limited liability companies*”: COM (2014) 212 final; 2014/0120 (COD). A esa propuesta el Consejo de Competitividad, de 28 de mayo de 2015, añadiría: “*Agreed amendments to the Presidency compromise text*”. Como se indica en el punto cuarto del informe 30/2014 de la comisión mixta para la Unión Europea, sobre la aplicación del principio de subsidiariedad por la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las sociedades unipersonales privadas de responsabilidad limitada (n° expediente: 282/000320; 574/000253, pp. 6 y siguientes): “*La Comisión decidió retirarla*” porque “*a pesar del firme apoyo de la comunidad empresarial, no ha sido posible encontrar una solución de compromiso entre los Estados miembros que permita la adopción unánime del estatuto*”. Sobre las cuestiones más debatidas en torno a esta figura, léase en nuestra doctrina, por ejemplo: ESTEBAN VELASCO, G.: “La pro-

La propuesta de Directiva de regulación de la SUP previó una sociedad limitada especial o un subtipo de sociedad limitada sin capital social fundacional mínimo o, lo que es casi lo mismo, con el mínimo de un euro⁹. Si con el planteamiento que, desde este capítulo tercero de este trabajo de investigación, se pretende lanzar y esbozar en torno a una sociedad simplificada se llegase a apostar por crear un subtipo de la sociedad limitada las analogías con la derrotada SUP se agrandarían. Pronto, sin embargo, nos apartaremos de esta opción de creación de nuevos subtipos dentro del tipo social de la sociedad de responsabilidad limitada (o de la sociedad anónima). Concordamos con la doctrina en que la decisión de aquella propuesta de Directiva de crear, con la SUP, un subtipo dentro del tipo de la SRL fue una “desenfocada aproximación”¹⁰. Este desenfoque en la aproximación no fue, o no fue lo único, que contribuyó a que no viera la luz la figura del SUP. Su ambición (su “excesiva ambición”¹¹) también favoreció su caída o, mejor dicho, su no levantamiento; pese a que la ambición fuese menor que la de su precedente, la SPE, que pretendió configurar una sociedad europea transnacional mediante un Reglamento comunitario¹², directamente aplicable en los Estados miembros.

En esta investigación retomamos aquella ambición, pero sin aquel desenfoque, por no instar a adoptar un nuevo subtipo, aunque sea una opción sobre la que habrá que reflexionar. Se retoma aquella ambición no porque la intención sea la de sacar del armario o del cajón a la SUP, como tampoco a

puesta de Directiva...”, op. cit., pp. 148 y ss.; VELASCO SAN PEDRO, L. A.: “De la *societas privata europeae* a la *societas unius personae* en las propuestas europeas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, nº 1, 2017, pp. 327 y ss.

9 Según FUENTES NAHARRO, M.: “La digitalización del derecho de sociedades: de la SUP al *Company Law Package*”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. LIX, 2018/2019 (procedente de la conferencia dictada en el Colegio Notarial de Madrid el 9 de mayo de 2019), la propuesta de Directiva de la SUP preveía: “*capital fundacional mínimo de un euro, modelos de escritura de constitución y registro con un contenido armonizado y cuyo uso eximía de la escritura pública [...], un test de solvencia en el ámbito de las distribuciones, e imponía la teoría de la sede real frente a la teoría de la incorporación*”.

10 “*Aquella figura, calificada por la doctrina como “caballo de Troya”, probablemente fue víctima de su excesiva ambición y, por qué no decirlo, quizá también de una desenfocada aproximación: la de crear un “subtipo” de sociedad limitada*”, en opinión literal reflejada en: *idem*.

11 *Ídem*.

12 Vid. ARDALÁN, J.: “Las opciones para regular ponen en peligro el proyecto de sociedad unipersonal privada”, *Intelligence & Capital News Report*, 2017.

la SPE, sino porque aquellos citados caracteres principales se asemejan a los que la CNUDMI plantea en el proyecto de guía legislativa sobre la entidad de responsabilidad limitada (bajo el citado acrónimo provisional de “ERL-CNUDMI”).

El grupo de trabajo I de la CNUDMI no se inspira solo para configurar la entidad de responsabilidad limitada en aquella propuesta europea de *societas unius personae*¹³. Donde halla sus más hondas raíces la ERL-CNUDMI es en la SAS colombiana¹⁴ que, a su vez, busca el estilo de la SAS francesa. La SAS se erigió en Colombia sobre los siguientes pilares: la sencillez de la tramitación para la constitución; la responsabilidad limitada plena “sin fisuras”¹⁵; la flexibilidad contractual para estructurar societariamente un negocio formal con facilidad¹⁶; la sencillez de la estructura orgánica¹⁷; y la seguridad jurídica como vehículo de inversión por la protección a los terceros¹⁸. En el triple sustento de la flexibilidad, la simplicidad y la seguridad halla su fundamento

13 Recuerda SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “UNCITRAL y el derecho de sociedades”, *El Blog de Juan Sánchez-Calero Guilarte*, 14 noviembre 2014, que el documento preparatorio sobre la ERL-CNUDMI cita como precedentes “tanto las iniciativas adoptadas en once Estados” como “la propuesta de Directiva relativa a las sociedades unipersonales privadas de responsabilidad limitada”.

14 Vid. *supra* la nota a pie de página nº 41 de la introducción de la parte II de este libro. Asimismo, léase: RASPALL, M. A.: “Introducción al régimen de los emprendedores”, en *Estudios de Derecho Empresario. Escuela Comercialista de Córdoba y sus proyecciones*, vol. 11, p. 68; REYES VILLAMIZAR, F.: “La SAS colombiana es la base...”, op. cit., pp. 7-11.

15 Como artífice de la Ley que regula la SAS en Colombia, comentaría REYES VILLAMIZAR, F.: “¿Para qué seguir demandando a la SAS?”, *Legis. Ámbito jurídico*, 28 mayo 2014, que la “limitación de responsabilidad de los accionistas de la SAS” es plena, “sin fisuras”.

16 En las palabras de L. G. VÉLEZ (citadas en: AA.VV.: “El primer lustro de la SAS, reflejo de la evolución del derecho privado”, *Legis. Ámbito jurídico*, 12 diciembre 2013), la SAS es una sociedad flexible para “estructurar societariamente un negocio formalmente de una manera fácil”.

17 Como se expresa en la página 6 de las observaciones que el Gobierno de Colombia presentó el 2 de diciembre de 2013 a la CNUDMI al hilo de los trabajos que el grupo I lleva a cabo sobre la ECR-CNUDMI (A/CN.9/WG.I/WP.83).

18 Indicó REYES VILLAMIZAR, F.: “¿Para qué seguir demandando a la SAS?...”, op. cit., que pronunciamientos jurisprudenciales en los tribunales de Colombia habían ratificado que la SAS era “el más seguro de los vehículos de inversión” y que “accionistas y terceros cuentan con mayor protección en la SAS que en los tipos tradicionales de sociedad”.

la propuesta de la CNUDMI que –siguiendo de cerca este predominante tipo social en el tráfico mercantil colombiano¹⁹– va a servirnos de orientación para elaborar una amplia revisión de la caracterización de nuestras sociedades mercantiles no cotizadas para su ajuste a las singularidades y necesidades de las nuevas y pequeñas empresas. Con la revisión que, acto seguido, se planteará nos alejaremos de aquella SUP y nos acercaremos a esta ERL-CNUDMI, aun cuando una y otra compartan varios de sus rasgos principales y, entre ellos, la simplificación en la creación y la configuración, la flexibilización en el funcionamiento interno o la revisión de la función del principio de capital social mínimo legal²⁰.

El intento de la SUP, como antes el de la SPE, fracasó en Europa. Probablemente ni siquiera llegue a haber un intento de implantar aquí la ERL-CNUDMI o fórmulas societarias inspiradas en ella. Pero, a nuestro juicio, habría que intentarlo y permitirlo (con permiso holgado) para que fuesen sus resultados en el mercado los que demostraran si su introducción se convierte en un acierto o un fracaso. Baste recordar que fueron los juristas (abogados, registradores mercantiles y notarios) quienes impulsaron el diseño y la difusión de la sociedad limitada antes de que contara, desde 1953, con una ley propia²¹. Ese diseño y esa difusión contribuyeron a la aprobación de la legislación y, con el paso del tiempo y la revisión de esa legislación, al éxito de esta figura societaria en nuestro mercado. De modo análogo podría hacerse con el diseño y la difusión de la sociedad simplificada, antes de que se implante en el ordenamiento y en el mercado.

Aunque no llegase a implantar, no hay que olvidar que la tendencia de la desregulación y la simplificación societaria para favorecer la creación de las empresas viene marcada no solo en el ámbito europeo sino en el interna-

19 Durante los cinco primeros años desde la entrada en vigor de la Ley que rige la SAS en Colombia se crearon más de doscientas mil SAS, en cifras plasmadas en: *idem*. Solo en el primer año de vigencia fueron once mil las SAS constituidas, demostrando “*la enorme aceptación que ha tenido la nueva figura*”, en palabras de REYES VILLAMIZAR, F.: *SAS...*, op. cit., prefacio: xiii. En la contraportada del citado libro se indica que: “*más de sesenta mil sociedades por acciones simplificadas (SAS) constituidas en los dos primeros años de vigencia de la Ley 1.258 del 2008 convirtieron a las SAS en el mayor fenómeno del derecho societario en las últimas décadas*”.

20 Para estos y otros caracteres principales de la SUP, léase, por ejemplo: ESTEBAN VELASCO, G.: “La propuesta de Directiva...”, op. cit.

21 Vid. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, S.: “Precedentes de la sociedad de responsabilidad limitada en España (1869-1885)”, *MURGETANA*, n° 134, año LXVII, 2016, p. 81.

cional. Porque persiste esta tendencia la traemos de vuelta, esta vez, bajo el proyecto de la guía de la CNUDMI. Es una vuelta que puede provocar una revuelta, como la provocó la SUP y antes la SPE. Sea una vuelta o una revuelta, trata de eliminar costes y tiempos de constitución, funcionamiento y gestión con el ánimo de favorecer el emprendimiento. La revuelta tiende hacia un modelo de derecho societario no cotizado donde prima la autonomía de la voluntad. Los socios, en sus relaciones internas, diseñan un traje a medida sin el “corset”²² de las reglas imperativas. Prevalece la libertad en la negociación contractual²³.

El hecho de que hay necesidad de libertad contractual la evidencia la multiplicidad o multiplicación de los pactos colectivos extraestatutarios²⁴. Lo que en la actualidad se separa de la ley (imperativa) de sociedades de capital para integrarse en un contrato entre socios, pasaría a formar parte del contrato de sociedad, como contrato flexible, permitido o favorecido por la ley dispositiva que regulase la sociedad simplificada y “desregulada”²⁵. El actual peso o contrapeso de los pactos parasociales cambiaría si de parasociales pasasen a ser sociales, con las consecuencias que ello traería consigo para la exigibilidad y la oponibilidad de esos pactos²⁶. Desaparecerían o, al menos, irían perdiendo peso los pactos parasociales, en mayor medida cuánto mayor fuese la libertad de contratación que permitiera la nueva legislación societaria cuando configurara el nuevo tipo (o subtipo) social. En ese diseño normativo no imperativo sino dispositivo no habría, no obstante, pérdida de la seguridad jurídica, en tanto subsistirían límites infranqueables, a modo de “normas de orden público”, para la tutela del interés general, de los terceros y de los socios²⁷.

22 La idea del “corset”, a estos efectos, la tomamos de: RASPALL, M. A.: “Introducción al régimen...”, op. cit.

23 Vid. VÍTOLO, D. R.: *Ley 27.349...*, op. cit., p. 110. También, a quien cita, REYES VILLAMIZAR, F.: *SAS...*, op. cit., prefacio, p. xiv.

24 *Ibidem*, p. 111.

25 Vid. RASPALL, M. A.: “Introducción al régimen...”, op. cit. p. 66.

26 *Ibidem*, p. 65.

27 *Ibidem*, p. 67. También VÍTOLO, D. R.: *Ley 27.349...*, op. cit., p. 109, expondría que “aunque la tendencia actual apunta hacia la creciente reducción de preceptos imperativos, lo cierto es que aún hoy se reconoce la necesidad de mantener ciertas normas de orden público para regir las relaciones entre accionistas, administradores y terceros –especialmente en protección del mercado, el crédito y dichos terceros–”. Igualmente, REYES VILLAMIZAR, F.: *SAS...*, op. cit., prefacio: p. xiv.

1. Con personalidad jurídica y responsabilidad limitada.

En la sociedad simplificada no habría pérdida tampoco ni de la personalidad jurídica ni de la responsabilidad limitada. Ambas se aúnan como base sólida sobre la que asentar una sociedad simplificada de nuevo cuño²⁸. Una sociedad simplificada con plena personalidad jurídica ha de poder actuar en el mercado con la responsabilidad limitada de sus socios. El instituto de la responsabilidad limitada de los socios es conocido o, mejor dicho, reconocido. El beneficio de la responsabilidad limitada de los socios va ligado al beneficio de la separación de los patrimonios de la sociedad y los socios. La separación de los patrimonios, con un “patrimonio de afectación”, supone la separación de la responsabilidad patrimonial. Con separación de patrimonios y responsabilidades, porque rige la responsabilidad limitada, se da seguridad²⁹ a los emprendedores, a quienes se compensa o se limita el riesgo. Se estimula, así, el espíritu y la iniciativa empresarial y, con ella, se incentiva el crecimiento de la economía y del empleo.

Sabido es que la necesidad ampliamente sentida en el tráfico mercantil que aspira cubrirse con la configuración de una persona jurídica es la actuación con responsabilidad limitada por parte de quienes fundan o se integran como socios en una sociedad y quieren resguardar su patrimonio personal de los múltiples avatares surgidos en las operaciones en el tráfico económico. Si se pretende (como desde aquí se pretende) que un nuevo régimen jurídico resulte presto, útil y seguro para el emprendedor (no solo digital), rasgo inherente del planteamiento de una sociedad simplificada ha de ser, junto con la personalidad jurídica, la responsabilidad limitada de los socios al montante aportado (cuando se aporte un montante), una vez constituida la sociedad regularmente.

Hace largo tiempo que existe una huida generalizada desde la responsabilidad ilimitada, propia de las sociedades personalistas, hacia la responsabilidad limitada, propia de las sociedades capitalistas³⁰. La responsabilidad

28 Así, por ejemplo, en los artículos 2 (“Limitación de responsabilidad”) y 3 (“Personalidad jurídica”) de la Ley modelo de la OEA sobre la sociedad por acciones simplificada.

29 La “seguridad y protección a los derechos de propiedad” mediante la “separación de bienes para proteger el patrimonio personal ante los acreedores sociales” se listaría entre los principios claves del proyecto de guía legislativa de ERL-CNUDMI por: SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “UNCITRAL: el proyecto de guía legislativa sobre la entidad de responsabilidad limitada”, *El Blog de Juan Sánchez-Calero Guilarte*, 13 octubre 2016.

30 De esta huida hacia la responsabilidad limitada hablaría FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “La sociedad comanditaria...”, op. cit., p. 65.

limitada –si se toman prestadas las palabras del maestro GIRÓN TENA³¹– es un elemento “relativamente capitalista”. A *contrario*, la responsabilidad ilimitada sería un elemento relativamente personalista. Sin pérdida de la responsabilidad limitada, con la aparición en escena (en el BOE más que en el mercado)³² de la SLNE hubo un regreso a los rasgos propios de las personalistas. La SLNE, como subtipo de la SL, se acercó a las personalistas y se alejó de ellas en lo que a la responsabilidad limitada se refiere. Con la SLNE se produjo un fuerte “mestizaje” societario³³. Una arquitectura societaria híbrida, sin pérdida de la responsabilidad limitada y con ganancia de más simplicidad y maleabilidad, podría configurar a la sociedad simplificada que quisiéramos proponer desde estas líneas no solo para sustituir a la SLNE.

Con carácter híbrido y con responsabilidad limitada de los socios podría conformarse, en efecto, el primer planteamiento de una sociedad simplificada. Si en la introducción de la parte segunda de este estudio habíamos esbozado como primera (no única) alternativa la integración de la sociedad simplificada en el molde básico de la SA para destinarla a la sociedad cerrada que no apela al ahorro público, vamos a partir de esta página a prescindir de la horma clásica de la sociedad anónima para configurar dos alternativas más.

La primera de las alternativas añadidas se desviaría del camino de la SA para encaminarse hacia el de la SRL. Tomando consciencia de la masiva elección que en la *praxis* se hace de la forma jurídica de la SRL por parte de los emprendedores que en solitario o en unión de otros quieren resguardar su patrimonio personal a través de la responsabilidad limitada societaria³⁴,

31 Vid. GIRÓN TENA, J.: *Derecho de sociedades. T.I. Parte general. Sociedades colectivas y comanditarias*, Madrid: GT, 1976, p. 534.

32 Conforme a los datos estadísticos recogidos en: <https://www.crear-empresas.com/estadistica> (última consulta: 1 septiembre 2020), cuya fuente fue el Registro Mercantil Central y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para el período 2011-2016, el número de constitución de SLNE sufría una acusada tendencia descendente: trescientas cuarenta y dos constituciones en 2011, doscientas dos en 2012, ciento cuarenta y dos en 2013, ciento una en 2014, cincuenta y siete en 2015 y cincuenta y tres en 2016.

33 Como tuvimos ocasión de desarrollar en: GARCÍA MANDALONIZ, M.: *La sociedad de responsabilidad limitada en el diván...*, op. cit., 174 pp.

34 Conforme a las estadísticas definitivas del INE, del total de noventa y cinco mil setecientas setenta y tres sociedades constituidas en 2018, noventa y cuatro mil seiscientos sesenta y dos fueron SL; mientras que, del total de noventa y cinco mil veinte sociedades constituidas en 2017, noventa y tres mil novecientos once fueron SL. Esta abultada preeminencia de la SL como forma societaria se confirma en las estadísticas cada uno de los años anteriores.

la sociedad simplificada podría configurarse como un subtipo de la SRL. En tal caso, la SRL se desgajaría para acoger en su seno un subtipo verdaderamente simplificado y flexible que pudiera sustituir al subtipo de la SLNE. No obstante –según hemos anunciado al inicio de este tercer capítulo–, no nos decantaremos finalmente ni por la creación de un nuevo subtipo ni tampoco por la simple sustitución del subtipo de la SLNE por el de la sociedad limitada simplificada.

Una alternativa a la recién anunciada, también centrada en la SRL, sería dotar a la regulación del tipo social de la limitada de un mayor grado de flexibilidad y simplicidad. En esta hipótesis de remodelación del régimen jurídico propio y general de la SRL no serían necesarios subtipos porque el tipo social tendería hacia la máxima simplicidad y flexibilidad. De ser así, subsistiría entre las sociedades de capitales el sistema dualista de anónimas y limitadas, pero disminuiría –aunque probablemente sin anularse– la polivalencia funcional. Para la gran empresa, cerrada o abierta, sería la SA. Para la pequeña y nueva empresa (también digital), la SRL estaría teñida en su regulación de una mayor dosis de flexibilidad y simplicidad que la que le caracteriza en la actualidad.

Si nuestro legislador decidiera no retocar ni a la SA ni a la SRL, quedaría otra opción para que apareciera en el escenario del derecho societario patrio una sociedad simplificada con personalidad jurídica y responsabilidad limitada. Se trataría de un tipo social *ex novo*, heterogéneo, a medio camino entre las sociedades personalistas y las capitalistas, compartiendo con estas la responsabilidad limitada y con aquéllas una alta tasa de la autonomía de la voluntad. Esta otra opción abriría, a su vez, dos posibilidades más.

La primera de esas posibilidades añadidas encajaría dentro del grupo de las sociedades capitalistas. Sería un nuevo, el cuarto, tipo de sociedad de capital. Tomando el nombre de la francesa o de la colombiana, la sociedad por acciones simplificada (SAS) sería un *tertium genus* entre las sociedades que dividen su capital en acciones. En efecto, en este subgrupo de las sociedades mercantiles cuyo capital social se encuentra dividido en acciones estaría la anónima, la comanditaria por acciones (si no se decidiera que desapareciera) y, como novedad, la sociedad simplificada por acciones. Aunque la SAS no sería un subtipo de la anónima, a su regulación supletoriamente acudiría en lo no específicamente previsto para ella. Sería así conforme acude a su régimen legal la comanditaria por acciones, en virtud de la remisión que hace el artículo 3.2 de la LSC; o conforme también a lo que hace la SAS francesa

respecto de la anónima gala³⁵. Configurándose como nuevo tipo societario simplificado creemos que entraría en competencia o pugna con la SRL para copar el terreno societario previsto para las nuevas y las pequeñas empresas. En ese combate interno probablemente iría ganando terreno la SAS, si se conformara con mayor simplicidad que la que caracteriza a la SRL, a quien iría desterrando (como ha sido desterrada en la práctica en el panorama económico colombiano)³⁶.

La segunda y última de las posibilidades añadidas que dibujamos ahora sería un nuevo tipo societario más cercano a las sociedades personalistas. Aun configurándose como una sociedad de personas, tendría responsabilidad limitada. Sería al estilo de la sociedad de personas con limitación de la responsabilidad de los socios con que se configura la “*limited liability partnership*” o LLP. Siendo ese el estilo, se observaría en el ordenamiento interno una vuelta a la situación prelegislativa anterior a la aprobación y publicación del (parcialmente vigente) Código de comercio.

Recuérdese que en las discusiones parlamentarias del proyecto de Código de comercio hubo una propuesta, presentada en las Cortes en 1883 por el diputado de la mayoría GIL MARÍA FABRA Y DEÁS³⁷, para introducir a la

35 El artículo L.227-1 del *Code de Commerce* se remite con excepciones, en su tercer párrafo, a las reglas de la sociedad anónima.

36 Vid. *supra* la nota a pie de página número 19 de este tercer capítulo.

37 La propuesta del diputado FABRA Y DEÁS se plasmó en el Diario de Sesiones de Las Cortes de 24 de enero de 1883 (nº 29, p. 608). Se reprodujo íntegramente en: PRIETO GONZÁLEZ, C.: “Los orígenes de la sociedad de responsabilidad limitada en España”, en *RDM*, nº 108, abril-junio 1968, pp. 232-233. Una cita a los comentarios que incorpora el estudio que acaba de nombrarse hay en: MENÉNDEZ, A.: “Apertura. Notas sobre la significación histórica, el proceso de formación y la orientación fundamental del proyecto de Ley de sociedades de responsabilidad limitada”, en BONARDELL LENZANO, R.; MEJÍAS GÓMEZ, J.; NIETO CAROL, U. (coords.): *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid: Dykinson, 1994, p. 22. Algunas otras alusiones también se encuentran, por ejemplo, en: BOLÁS ALFONSO, J. (et al.): *La sociedad de responsabilidad limitada. (Comentarios a la Ley, tras la reforma de 25-VII-89 y el Reglamento del Registro Mercantil de 29-XII-89)*, 2ª ed., Madrid: Civitas, 1992, p. 33; PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A.: “La sociedad de responsabilidad limitada”, en OLIVENCIA, M.; FERNÁNDEZ-NOVOA, C.; JIMÉNEZ DE PARGA, R. (dirs.): *Tratado de derecho mercantil*, T. XI, vol. 1, Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 30, 33, 37. A las anteriores referencias tuvimos ocasión de aludir en: GARCÍA MANDALONIZ, M.: *La sociedad de responsabilidad limitada en el diván...*, op. cit., p. 29 (nota a pie de página nº 26).

SRL –en sintonía con el proyecto alemán de 1884 de OECHELHÄUSER³⁸– como una sociedad colectiva de responsabilidad limitada³⁹. Así propuesta, se trataba de una sociedad personalista con responsabilidad limitada de sus socios⁴⁰ que garantizaba la protección de los terceros mediante una aplicación estricta del principio de publicidad⁴¹. En análogo sentido, el Reglamento del Registro Mercantil de 1919 permitió, como sociedad de personas, la inscripción de las que denominaría: “sociedades de responsabilidad limitada y razón social”. Quizá pudieran volver a retomarse estas ideas que no fructificaron en el pasado porque la presentación de aquella propuesta en las Cortes se hizo fuera de plazo y porque el Código de comercio contempló el principio de atipicidad para las sociedades mercantiles⁴², apelando en el artículo 122

38 El proyecto alemán de sociedad que propuso OECHELHÄUSER en febrero de 1884 fue favorable a plantear la SRL como una sociedad personalista en la que sus socios gozaran del beneficio de la responsabilidad limitada. Una traducción de este proyecto –tomado de WIELAND: *Handelsrecht*, II, München und Leipzig, 1931, pp. 399 y ss.– hallará el interesado en la nota a pie de página n^o 7 del siguiente trabajo: PRIETO GONZÁLEZ, C.: “Los orígenes de la sociedad de responsabilidad limitada en España”, *RDM*, abril-junio 1968, n^o 108, pp. 218-219. Frente al planteamiento de OECHELHÄUSER, los diputados HAMACHER y MEYER presentaron un proyecto en el que veían a la SRL como una SA “aligerada”. Entre estos dos proyectos contrapuestos se situaría la SRL finalmente adoptada en Alemania: una sociedad capitalista simplificada con elementos personalistas y amplio margen de autonomía debido al carácter dispositivo de sus normas. Vid., entre otros, GONDRA ROMERO, J. M.: “La posición de la sociedad de responsabilidad limitada en el marco de la reforma del Derecho de sociedades”, en POLO, A. (et al.): *¿Sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada? La cuestión tipológica*. Madrid: Civitas, 1992, pp. 931-932, 934. Todo ello recogido literalmente de: GARCÍA MANDALONIZ, M.: *La sociedad de responsabilidad limitada en el diván...*, op. cit., pp. 29-30 (nota a pie de página n^o 27).

39 Como tuvimos ocasión de describir en: *ídem*, “no pudo prosperar, sin embargo, por haber sido informada la comisión parlamentaria después de que ésta hubiera presentado su dictamen, momento a partir del cual, según el reglamento, ni se podían añadir enmiendas ni introducir nuevos preceptos. Las críticas vertidas por los parlamentarios de la oposición, más que dirigirse contra el modelo de SRL propuesto, fueron contra la necesidad de una previsión normativa específica al respecto”. Una transcripción literal, aunque no completa, de las discusiones parlamentarias habidas con ocasión de la propuesta de sociedad colectiva de responsabilidad limitada de Gil María FABRA y DEÁS se recogió en: PRIETO GONZÁLEZ, C.: “Los orígenes...”, op. cit., pp. 234-243.

40 Vid. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, S.: “Precedentes...”, op. cit., p. 87.

41 Según se informa en: *ibidem*, p. 94.

42 En comentario expresado en: *ibidem*, pp. 87, 94. En efecto, motivo añadido para

al carácter abierto de los tipos sociales. El hecho de que se acabara en aquel momento con el principio de *numerus clausus* de tipos societarios hizo que no fructificara entonces ese nuevo tipo social. Precisamente, el hecho de que desde entonces se adoptara el principio de *numerus apertus* posibilita la instauración de tipos sociales distintos a los tipos detallados, “por regla general”, en dicho precepto. Con esta puerta abierta a instaurar sociedades distintas a las listadas en él, en el futuro podría progresar la sociedad simplificada, por ejemplo, como una sociedad personalista con la responsabilidad limitada de sus socios, y con respeto al marco legal codificado.

Si la aparición en nuestro sistema jurídico de la sociedad simplificada fuera aislada tanto de la anónima como de la limitada, para quedar centrada entre las sociedades personalistas, se dejaría intocable el panorama societario de capital vigente y, dentro de él, la polivalencia funcional entre la anónima y la limitada para las sociedades no cotizadas. Aun sin ofrecer solución a esta vieja situación, una sociedad simplificada desgajada de la anónima, amén de la limitada, quizás pudiera tener más visos de aparecer en una legislación societaria no reformada sino ampliada o complementada. Esta ampliación provocaría una (sana) competencia⁴³ entre los distintos tipos societarios. Porque la competencia interna entre los tipos societarios en un ordenamiento –como también la competencia externa entre ordenamientos– depende de la flexibilidad y la simplicidad de la regulación –aparte y fundamentalmente de su tratamiento fiscal⁴⁴ en la competencia entre ordenamientos–, nos atreveríamos a vaticinar que saldría reforzado el tipo social simplificado si no descuidara ni la seguridad jurídica (con control del fraude y del abuso de derecho) ni la protección de los terceros acreedores⁴⁵.

su rechazo fue la presentación fuera de plazo, según figura en el Diario de Sesiones de las Cortes de 23 de marzo de 1883, n^o 50, pp. 1037-1048.

43 A la sana competencia entre los distintos tipos societarios, una vez incluida la SAS en el sistema jurídico colombiano, aludiría el profesor propulsor de la SAS en aquel país latinoamericano. Vid. AA.VV.: “El primer lustro de la SAS...”, op. cit.; REYES VILLAMIZAR, F.: “Era indispensable salir...”, op. cit., donde manifiesta que: “*Es importante que los empresarios cuenten con un menú de opciones normativas para escoger entre ellas la que más les convenga*”. También, en: REYES VILLAMIZAR, F.: SAS..., op. cit., p. 4.

44 Como señala el notario J. I. GOMEZA VILLA, en *Mega-Consulting.com*, el 13 de marzo de 2007.

45 Como ha sucedido en otros países con la SAS y, en particular, en Colombia. Así, “*cerca del 95% de las sociedades que se crean en Colombia son de este tipo*”, donde la SAS “*se sigue consolidando como el instrumento favorito para el desarrollo empresarial del*

Con una ley especial⁴⁶, separada de la ley general de sociedades⁴⁷, se ha dado entrada, como “nuevo tipo societario”⁴⁸, a la híbrida sociedad por acciones simplificada (SAS) en el ordenamiento jurídico argentino⁴⁹. Pese a mostrar su separación o autonomía, por remisión supletoria bebe esta SAS argentina de la ley general de sociedades⁵⁰. También podría beber la sociedad simplificada aquí propuesta de nuestra vigente ley de sociedades de capital (si se configurara como una sociedad por acciones simplificada) o, en su caso, del Código de comercio (de ser una sociedad colectiva o personalista de responsabilidad limitada), en aquello que no estuviera acordado por las partes expresamente ni, de manera supletoria, regulado específicamente.

A unas u otras alternativas para encajar a una sociedad simplificada en

país”, en palabras de REYES VILLAMIZAR, F.: “La SAS colombiana es la base de leyes modelo...”, op. cit. En Francia, en cambio, la SAS entró en competencia numérica más con la SA que con la SRL, atendiendo a las cifras que recogió, antes de la reforma de 2014 que eliminó el capital mínimo legal de la SAS: PÉRIN, P.-L.: *SAS: La société par actions simplifiée. Études - formules*, Joli éditions, 3^a ed., 2008, p. 4: Ciento cuatro mil seiscientas trece SAS frente a setenta y cuatro mil cuatrocientas quince SA y un total de un millón ciento cuarenta y dos mil trescientas treinta y una SRL; en la cita de: LEÓN TOVAR, S. H.: *SAS. Sociedad por acciones simplificada. Estudio teórico-práctico*, Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2018, p. 30 (nota a pie de página n° 30).

46 La Ley 27.349 de apoyo al capital emprendedor recoge en su Título III la denominada: “sociedad por acciones simplificada (SAS)”. Más información *infra* en la nota a pie de página n° 176.

47 Ley general de sociedades comerciales n° 19.550 (T.O. 1984). Comentaría VÍTOLO, D. R.: *Ley 27.349...*, op. cit., pp. 25 y 31, que “*desde la mirada del legislador [argentino], la necesidad de contar con un cuerpo normativo autónomo para las nuevas empresas [...] ha sido una demanda de antigua data*”, aunque, en opinión del autor, “*parece al menos como algo discutible la creación de tipos sociales y de estructuras societarias por fuera de la Ley 19.550*”.

48 La SAS es caracterizada en el artículo 33 de la Ley 27.349 como “nuevo tipo societario”.

49 En VÍTOLO, D. R.: *Ley 27.349...*, op. cit., p. 24 (también en pp. 116-117), se califica al “nuevo tipo legal” de la SAS argentina como “*un instituto jurídico y económico híbrido que está conformado –combinadamente– por instrumentos propios de las sociedades por acciones y de las SRL*”. Acto seguido, opina el autor (en p. 32) que “*la construcción de un tipo societario híbrido [...] es desaconsejable por los inconvenientes que pueden presentarse en materia de interpretación y aplicación de la ley*”.

50 Como indica el artículo 33 *in fine* de la Ley 27.349, a la SAS argentina le “*serán de aplicación las disposiciones de la Ley general de sociedades, 19550 [...], en cuanto se concilien con las de esta Ley*”. Así mismo, *ibidem*, pp. 31-32.

nuestro ordenamiento jurídico regresaremos, para su concreción y desarrollo, al finalizar este tercer capítulo. Unas y otras habrán de unir un alto grado de libertad contractual (más propio de las sociedades personalistas que de las capitalistas) con la limitación de la responsabilidad de los socios a lo aportado a la sociedad (propio de las sociedades capitalistas, en vez de las personalistas). La nueva sociedad simplificada extendería la libertad contractual a las capitalistas o, en cambio, extendería la limitación de la responsabilidad a las personalistas, en función de si en unas o en otras se decidiese su encuadre⁵¹. Pero, sea de uno u otro modo, se estarían combinando –como se han combinado en el derecho comparado⁵²– la amplia estipulación contractual, propia de las sociedades de personas, con la responsabilidad limitada plena, propia de las sociedades de capitales. Se estaría configurando en uno u otro caso lo que ha sido denominado –en denominación de COZIAN⁵³– como una “sociedad-contrato”.

Previamente a desarrollar una u otra alternativa, permítasenos proseguir con los caracteres que, de manera principal, definirían a esa sociedad simplificada, aparte de la personalidad jurídica y de la responsabilidad limitada ya delimitadas. Con responsabilidad limitada esta sociedad simplificada con personalidad jurídica propia estaría caracterizada por la libertad contractual y, dentro de esa libertad, con la posibilidad de tener un objeto social general.

2. Con objeto social general.

Tanto en unas como en otras alternativas tanteadas y aún no desechadas –esto es, bien siendo una SRL reformulada hasta simplificarla o bien siendo un nuevo tipo híbrido encuadrado entre las capitalistas o entre las persona-

⁵¹ En el año 2005 se publicó en la *University of Illinois Law Review* (vol. 2005, nº 1) una serie de artículos doctrinales dentro del “*Symposium: unincorporation: a new age?*” que planteaban la cuestión de la extensión de la responsabilidad limitada a las “*partnerships*” o la extensión de la libertad contractual a las “*corporations*” para el desarrollo de nuevas formas de asociaciones empresariales. La última teoría prevalecía, según: SAMUELSON: “On the evolution of corporate forms”, *University of Illinois Law Review*, nº 1, 2005, 15 (abstract): “*new forms of business associations have developed through an extension of freedom of contract to corporations*”.

⁵² Léase, en lo que se refiere a la SAS colombiana: REYES VILLAMIZAR, F.: *SAS...*, op. cit., p. 29.

⁵³ Vid. COZIAN, M. (et al.): *Droit des sociétés*, 18º ed., París: Lexis-Nexis, 2005, p. 365; en cita de: REYES VILLAMIZAR, F.: *SAS...*, op. cit., p. 63, nota a pie de página nº 74.

listas—, habría que imprimir flexibilidad a la sociedad mercantil simplificada para su acople, sin restricciones innecesarias y con seguridad jurídica, a la diversidad de empresas que requieren moverse con agilidad en el mercado.

La flexibilidad se desarrollaría en el funcionamiento y la gestión societaria, a partir de la libertad de pactos. La flexibilidad se desenvolvería antes, como primer punto de partida, a partir de la capacidad de elección de un objeto social amplio o múltiple⁵⁴ por parte de los socios, en caso de sociedad pluripersonal, o del único socio, si de sociedad unipersonal se tratase. La amplitud del objeto social tendría como único límite infranqueable la licitud de la actividad o de las actividades a desarrollar. El objeto social podría abarcar cualesquiera actividades lícitas, con la excepción de aquellas (como las bancarias o las aseguradoras) para las que la legislación especial precise la forma de una anónima o su ejercicio requiera un objeto social único y exclusivo⁵⁵. Dentro de la anchura que proporciona una “cláusula de finalidad general”⁵⁶, la actividad podría variar una y otra vez sin necesidad de modificación estatutaria por cambio del objeto social y sin ser su sustitución ni su modificación sustancial causa legal de separación del socio disconforme⁵⁷. Aboga por una “cláusula de finalidad general” la CNUDMI en sus guías legislativas sobre la ERL-CNUDMI⁵⁸ y sobre los principios fundamentales de un registro de empresas.

54 Con objeto social plural se regula la SAS en el artículo 36.4 la ley argentina 27.349, aunque con la siguiente restricción: “*deberá enunciar en forma clara y precisa las actividades principales que constituyen el mismo, que podrán guardar o no conexidad o relación entre ellas*”. Sin restricciones se regula en el artículo 43 de la Ley general de sociedades mercantiles de México, en tanto se permite desarrollar cualquier acto de comercio, aun cuando no conste en los estatutos. Vid. LEÓN TOVAR, S. H.: SAS..., op. cit., p. 27. También es viable en la SAS colombiana el objeto social indeterminado, como se recuerda en: REYES VILLAMIZAR, F.: SAS..., op. cit., p. 8.

55 Conforme queda excluido para la SLNE en el artículo 436.3 LSC.

56 Léase el documento A/CN.9/WG.I/WP.92/Add.2, pp. 24-25.

57 Que sí lo es en el artículo 346.1.a) LSC, en última redacción proporcionada por el artículo primero, apartado 17, de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de sociedades de capital, y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas (BOE nº 184, 2 agosto 2011).

58 La recomendación segunda de la última versión, de 15 de enero de 2020, del proyecto de guía legislativa de la ERL-CNUDMI, indica literalmente lo siguiente: “En la ley debería establecerse que se podrá crear una ERL-CNUDMI para realizar cualquier actividad empresarial o comercial lícita” (p. 15); si bien en esta última versión se incluye la siguiente especificación (en p. 14): “La guía deja en manos de los miembros de la ERL-

Para las sociedades personalistas no exige el artículo 125 del Código de comercio mención del objeto social en la escritura social. Solo se menciona si está determinado, pero no se precisa que el objeto esté determinado⁵⁹. En las sociedades capitalistas, para el caso particular de la SLNE, el párrafo cuarto del apartado sexto de la Exposición de Motivos de la Ley 7/2003 que la instauró proclamó la flexibilidad de su objeto social. Se configura, desde entonces, como un objeto social necesario⁶⁰, amplio, genérico y difuso porque se tiene la posibilidad de escoger todas o algunas de las actividades que lista el apartado primero del artículo 436.1 LSC: agrícola, ganadera, forestal, pesquera, industrial, de construcción, comercial⁶¹, turística, de transporte, de comunicaciones, de intermediación, de profesionales o de servicios en general. Se tiene, además, la facultad de incluir como objeto social potestativo, cualquier actividad singular distinta a las citadas⁶². El único límite es que no sea ni una actividad para la que la ley exija la forma de sociedad anónima (bancaria, aseguradora, farmacéutica, de gestión de fondos de pensiones o de *leasing*, verbigracia), ni una actividad cuyo ejercicio implique un objeto único y exclusivo⁶³.

CNUDMI la decisión de incluir o no en el reglamento de organización una cláusula de objeto más restringida”.

59 Artículos 136 y 137 del Código de Comercio y 209.4^o del Reglamento del Registro Mercantil.

60 Aplicamos el adjetivo “necesario” al objeto social para destacar su obligada mención en los estatutos sociales de la sociedad nueva empresa. El objeto social es una “*mención esencial, casi constitucional*”, diría, con gran rigor, BROSETA PONT, M.: “Determinación e indeterminación del objeto social en la Ley y en los Estatutos de las sociedades anónimas españolas”, *RDN*, n^o 67, enero-marzo 1970, p. 9 (también publicado en: *Anales de la Academia Matritense del Notariado: AAMN*, T. XIX).

61 MARÍN CALERO, C.: “Ley de la sociedad limitada nueva empresa”, *RJN*, n^o 47, julio-septiembre 2003, p. 239, resalta cómo, por ejemplo, la actividad comercial, más que amplia, es una actividad de las que la DGRN califica como “omnicomprensiva”. Asimismo, vid. SAPENA DAVÓ, F.: “La Ley de la sociedad limitada nueva empresa”, *RJCV*, n^o 7, 2003, p. 37. Acerca del carácter genérico de la actividad comercial, industrial, de profesionales o de servicios en general, vid. OLAVARRÍA IGLESIA, J.: “Artículo 132. Objeto social”, en BOQUERA MATARREDONA, J. (dir.): *La Sociedad Limitada Nueva Empresa. Comentarios a los artículos 130 a 144 y a las Disposiciones adicionales 8^a a 13^a de la LSRL*, Navarra: Aranzadi, 2003, pp. 63-64. Citábamos todo lo anterior en: GARCÍA MANDALONIZ, M.: *La sociedad de responsabilidad limitada en el diván...*, op. cit., p. 92 (en nota a pie de página n^o 62).

62 Apartado segundo.

63 Apartado tercero.

La flexibilidad del objeto social tanto de la SLNE como de la sociedad simplificada aquí planteada conduce hacia la indeterminación. Un objeto social amplio y genérico chirría en un clásico sistema mercantil (y civil)⁶⁴ acostumbrado a un objeto social determinado⁶⁵ y negado a admitir la inclusión de los “actos jurídicos necesarios para la realización o desarrollo de las actividades indicadas” en el objeto social, la “realización de cualesquiera otras actividades de lícito comercio” o de “expresiones genéricas”; en expresiones literales del Reglamento del Registro Mercantil (RRM)⁶⁶.

La determinación del objeto social sirve como medio para la delimitación del ámbito de representación del órgano de administración⁶⁷, para el ejercicio del derecho de separación⁶⁸ o como causa de disolución⁶⁹. La indeterminación sirve, por el contrario, a diversos intereses en juego⁷⁰ y, por lo que aquí más importa, beneficia a las sociedades de reciente creación, presionadas en no pocas ocasiones por el mercado a cambiar de actividad empresarial y, por ello, a alterar el objeto social, en ocasiones, varias veces durante sus primeros años de andadura⁷¹. Si ello es así en un mercado estable, más aún

64 Artículo 1273 del Código Civil.

65 Artículo 117 RRM. Como bien comentara el profesor ILLESCAS ORTIZ, R.: “La sociedad anónima de objeto plural”, en *AAMN*, T. XXXIV. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1995, pp. 120-121, una rígida aplicación de la regla de determinación del objeto social se encuentra menos justificada que antes de 1989, cuando el TRLSA reformó el RRM anterior al vigente.

66 Artículos 117.3 y 178.3 RRM.

67 Artículo 234.1 LSC.

68 Artículo 346.1.a) LSC.

69 Artículo 363.a.b) LSC.

70 RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: “Determinación estatutaria del objeto social”, en, ALONSO UREBA, A. (et al.) (coords.): *Derecho de sociedades anónimas. I. La fundación*. Madrid: Civitas, 1991, pp. 150-151, realizó un listado con los intereses a los que sirve la indeterminación del objeto social. Entre estos intereses destacó la posibilidad de que, sobre todo, las pequeñas empresas destinen su patrimonio “a la realización de actos, negocios y contratos indeterminados, esto es, en definitiva, a cualquier tipo de actividad”. Unas páginas después (pp. 154, 156, 159) el profesor inclinó (ligeramente) la balanza hacia la determinación, sobre todo, en las sociedades de grandes dimensiones. Declarando, al tiempo, que tanto la mayor parte de la doctrina como la DGRN habían optado decididamente por la determinación.

71 Como así comentara en relación con las pequeñas nuevas empresas el apartado VI de la Exposición de Motivos de la Ley 7/2003, por la que se configuró primigeniamente la regulación de la SLNE.

lo es en un mercado caracterizado por un continuo y rápido cambio como es el tecnológico. Siendo este mercado nuestro punto central (que no exclusivo) de mira, la amplitud del objeto social conllevaría, sin duda, una gran ventaja para las sociedades que inician y maduran sus actividades empresariales en el entorno digital. No solo requieren rapidez en el momento del nacimiento mediante un sistema de constitución electrónico y eficaz⁷², sino que ha de ser también una constante en el desenvolvimiento de las distintas fases empresariales con el ánimo de alargar el ciclo de vida empresarial para lograr perdurar. Necesitan las nuevas o pequeñas empresas digitales anticiparse y ajustarse a las variantes singularidades del espacio *on-line* mediante cambios de las actividades a desempeñar sin cambios del objeto social que requieran variación previa de los estatutos sociales y posible posterior movimiento, por separación por no conformidad, del número de socios.

Está previsto en el subtipo de la SLNE la continua muda de actividad sin obligación de realizar sucesivas modificaciones estatutarias por el cambio de objeto social⁷³. Pero, consideramos que si el fin último era –como así se defendía en la Exposición de Motivos de su primigenia ley de 2003– “permitir una mayor flexibilidad para el desarrollo de actividades económicas diferentes”, no hubiera hecho falta un catálogo de actividades como el que, para ellas, marca el transcrito artículo 436.1 LSC.

Sin catálogos, el artículo 117.1 RRM da facilidades para incorporar a los estatutos un objeto social plural o complejo, esto es, con actividades diversas, aun sin relación entre sí⁷⁴. Con la base jurídica de este último precepto, no hay obstáculos para admitir sociedades con un objeto social plural o complejo, siempre que ello no derive indirectamente en la indeterminación del objeto. Pluralidad, complejidad, amplitud y, en suma, indeterminación del objeto social por flexibilidad es, sin embargo, lo que se busca para una nueva sociedad mercantil simplificada prevista para actuar en el nuevo escenario tecnológico. Sin catalogación, la licitud de la actividad sería la única línea que no traspasar. Con licitud, el paso de una a otra actividad no implicaría modificación de los estatutos sociales. No se requiere la modificación estatutaria, por cambio de objeto, tampoco para la SLNE, pero para ella ni siquiera se permite modi-

72 Como el que se describirá y definirá en el siguiente capítulo de este libro.

73 En la nota de prensa de “El Gobierno informa” de 13 de enero de 2003, el Ministerio de Economía cifró en torno a los cuatrocientos ochenta euros el ahorro que suponía no estar obligado a efectuar una modificación estatutaria por cambio de objeto social.

74 Como puntualizaría RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: “Determinación...”, op. cit., p. 164.

ficación alguna de los estatutos sociales, con las únicas excepciones relativas a la denominación, al domicilio o al capital social, dentro, éste último, de los límites, mínimo y máximo, legales permitidos⁷⁵. Modificaciones estatutarias no tanto para el objeto social (que sería general), pero sí para los demás extremos estarían permitidas, en cambio, para la sociedad simplificada que desde este estudio vamos esbozando. Esos extremos no alcanzarían, al modo en el que hoy alcanzan, al capital social, empero. Sin capital social mínimo (ni máximo) legal se desenvolvería (no solo transitoriamente en sus orígenes como lo hace la sociedad limitada de formación sucesiva o SLFS⁷⁶) la sociedad flexible y simplificada desde aquí ideada.

3. Sin capital social mínimo legal.

Además de con una “cláusula de finalidad general”, habría que seguir avanzando por la flexibilidad y simplicidad de la sociedad (valga la redundancia) simplificada también en relación con el capital social. Avanza la CNUDMI por un sendero sin la imposición de un capital social mínimo legal. El principio ordenador de capital mínimo legal se ha venido erigiendo hasta el presente en una columna vertebral de nuestro régimen jurídico interno (imperativo y rígido⁷⁷) para los tipos sociales de la SRL (y, de su subtipo, la SLNE) y de la SA, cotizada y sin cotizar, amén del de la comanditaria por acciones. Para las cotizadas entendemos y respaldamos la imperatividad y rigidez, para las no cotizadas la descartaríamos, más cuánto menos sea el tamaño empresarial.

Respondiendo como responden los socios colectivos de una sociedad colectiva y en comandita personal e ilimitadamente, bien que subsidiariamente, con todos sus bienes presentes y futuros ante los terceros acreedores de la sociedad, no se atisban problemas de desprotección para estos, con indepen-

⁷⁵ De conformidad con el restrictivo artículo 450.1 LSC.

⁷⁶ Regulada en el artículo 4 bis de la LSC, al estilo de la “*Unternehmergeellschaft*” alemana, como nuevo subtipo o variante de la sociedad limitada germana a la que se le incluyen restricciones o prohibiciones, como la del desembolso de aportaciones no dinerarias. Vid. ZABALETA DÍAZ, M.: “La simplificación del derecho de sociedades...”, op. cit., pp. 152-153.

⁷⁷ Mención a la regulación imperativa del capital social, como institución básica del estilo continental-europeo frente al anglosajón, y en general, al “*rígido régimen jurídico*” de las sociedades mercantiles de capitales, haría: ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “¿Una revolución europea del derecho de sociedades? Más sobre la *Societas Unius Personae*”, *Blog Almacén de Derecho*, 2 junio 2014.

dencia de cuál sea el capital aportado a la sociedad. En cambio, con la responsabilidad limitada a lo aportado de la que disfrutaban los socios de una SA o SRL (o los socios comanditarios de una comanditaria por acciones), la defensa de los terceros ha venido incrustada en el principio del capital mínimo legal, acompañado de la obligación de desembolso, parcial o total.

Tuvimos ocasión en una investigación anterior⁷⁸ de examinar cómo el capital social se estatuyó en la pieza central de la (derogada y refundida) Directiva 77/91/CEE, inicialmente conocida como “segunda Directiva de derecho de sociedades” o “Directiva de capital”. La defensa de los accionistas y acreedores estaba en la base de este sistema centrado en el capital. Tras treinta años desde su aprobación, la segunda Directiva fue objeto de profunda revisión mediante la Directiva 2006/68/CE. Su propósito fue imprimir agilidad y flexibilidad⁷⁹, de cara a potenciar la eficiencia y la competitividad empresarial sin recortar la protección dispensada ni a los socios ni a los acreedores. La Directiva 2006/68/CE fue una Directiva de transición. La transición era entre el clásico modelo europeo de capital que reformó de manera puntual y el planteamiento de una total revisión para el acercamiento o el acogimiento de un sistema (como el anglosajón) no basado en el capital, de cara a imprimir más agilidad y simplicidad sin descuidar la tutela ni de los socios ni de los terceros. Algunas de las rigideces, costes y complejidades de la figura europeo-continental del capital social, la Directiva del año 2006 las suavizó y matizó tratando de incorporar flexibilidad. No obstante, los cambios introducidos fueron exiguos o limitados⁸⁰. No se atrevió a romper con la concep-

78 Respecto de esta Directiva y sus revisiones tuvimos ocasión de hablar, en el sentido en el que lo haremos en el presente capítulo, en: GARCÍA MANDALONIZ, M.: “El cuestionado sentido...”, op. cit., pp. 253-347.

79 “Si yo hubiera de resumir con una sola palabra esta última reforma [acaecida con la Directiva 2006/68/CE], yo elegiría flexibilización”, comentaría VELASCO SAN PEDRO, L. A.: “La reforma de la asistencia financiera en Europa”, en *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho mercantil*, Universidad Complutense, nº 2006/5, diciembre 2006, p. 6 (Documento depositado en el archivo institucional *EPrints* Complutense).

80 Vid. ALONSO LEDESMA, C.: “Propuesta de modificación de la Segunda Directiva de sociedades relativa a la constitución de la sociedad anónima y al mantenimiento y modificación de su capital”, *RdS*, nº 24, vol. 1, 2005, pp. 512-513. En esta línea, GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C.: “Demasiado esfuerzo...para tan escasos resultados. La Directiva 2006/68/CE, que modifica la Segunda Directiva de sociedades, no entra en el debate de fondo sobre la función del capital”, *Consejeros: La revista del buen gobierno y la respon-*

ción imperante del capital⁸¹.

La Directiva que derogó y refundió esa segunda Directiva de derecho de sociedades, esto es, la Directiva 2012/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo al mantenimiento y a las modificaciones de su capital social, mantuvo el reinado del principio de capital mínimo legal. Para el registro de una SA lo cifró en, al menos, veinticinco mil euros; analizable y revisable cada cinco años conforme a las tendencias monetarias y económicas de la Unión Europea. La Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades⁸², derogó la de 2012, pero mantuvo en el artículo 45.1 esos veinticinco mil euros. Una cantidad económica para la que previó su examen y revisión quinquenal, en función de la evolución económica y monetaria de la Unión Europea, así como

sabilidad corporativa, n° 12, diciembre 2006, p. 15, criticó que la reforma de la Directiva “*ya de por sí tímida en su planteamiento inicial, ha sido sometida a una severa “cura de adelgazamiento” que reduce todavía más su significación práctica*”, concluyendo que los cambios habían sido “*ciertamente limitados*”. Asimismo, ESCRIBANO GÁMIR, R. C.: “La Directiva 2006/68/CE de 6 de septiembre, en materia de tutela de los derechos de crédito de los acreedores sociales frente a la reducción del capital social. Apuntes de una reforma anunciada”, *RdS*, n° 28, vol. 1, 2007, p. 163, calificaría la reforma de la Segunda Directiva de prudente y sin atrevimiento.

81 En las palabras de ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M.: “Directiva 2006/68/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006, por la que se modifica la Directiva 77/91/CE del Consejo, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital”, *RdS*, n° 27, vol. 2, 2006, p. 540, con esta Directiva “*se trata de subsanar las carencias del modelo continental sobre la integridad del capital social para asegurar la debida protección de los acreedores sociales, de los accionistas, y en última instancia, del sistema económico y financiero como dispone el Informe Winter, pero sin que ello suponga prescindir del concepto de capital social. El alcance de la reforma, ciertamente limitado, flexibiliza algunos aspectos del régimen del capital social aun cuando mantiene su concepción tradicional*”.

82 DO L 169, 30 junio 2017. Su versión consolidada data del 1 de enero de 2020, tras las modificaciones introducidas por la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019 (DO L 172, 26 junio 2019), la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019 (DO L 186, 11 julio 2019) y la Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019 (DO L 321, 12 diciembre 2019).

de las “tendencias destinadas a reservar la elección [de las SA] a las grandes y medianas empresas”.

Tradicional (no única) técnica para adscribir las distintas sociedades mercantiles a los diferentes tamaños de las empresas ha sido, en efecto, el establecimiento de un capital mínimo⁸³, más o menos elevado. La relación entre el capital social mínimo y el tamaño empresarial es directamente proporcional. Cuanto más elevada sea la cifra del capital mínimo, mayor será la dimensión de la empresa que acoja, como forma jurídica, tal sociedad. Para la SA, tradicionalmente más pensada para la grande que para la pequeña, huelga recordar que en nuestro ordenamiento interno la cifra se elevó a sesenta mil euros, a mantener tanto en el momento fundacional como a lo largo de la vida societaria⁸⁴. Mayor elevación para un mejor ajuste a la gran empresa previó el artículo 233.1 del Anteproyecto de Ley de Código mercantil, doblando dicha cantidad.

En nuestro país, desde 1989 hasta la actualidad el capital social se alza en el elemento clave de las sociedades de capital y, en específico, de la sociedad de capital por excelencia, esto es, la sociedad anónima. El capital, en unión con la no responsabilidad personal de los socios por las deudas sociales, se ensalzaron como postulados indeclinables de partida⁸⁵. La cuantía de la capital, recogida en los estatutos, determina, de un lado, la participación interna de los socios y, de otro, la garantía total para los acreedores⁸⁶. Estos no cuentan con la posibilidad de acudir al patrimonio propio de cada uno de los socios para que se haga frente a sus créditos sino solo al patrimonio social. Por

83 La fijación de un capital mínimo ha sido, efectivamente, uno de los métodos de los que ha hecho uso tradicionalmente el Derecho de sociedades para relacionar los tipos sociales con la realidad empresarial. Vid., *ad ex.*, EMBID IRUJO, J. M., “El capital social...”, op. cit., p. 87; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “La sociedad comanditaria...”, op. cit., p. 24. En el dato de que el capital mínimo no es la única técnica empleada para reservar los tipos de sociedades a la magnitud de las empresas, porque también lo es –además de las magnitudes empresariales– el número de socios, incidirían tanto EMBID IRUJO, J. M., “El capital social...”, op. cit., p. 87, como GARCÍA VILLAVARDE, R., “Capital mínimo...”, op. cit., pp. 113, 125, 133. Para más detalle sobre el tema, vid. ROJO FERNÁNDEZ-RIÓ, A.; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “El capital social mínimo. Consideraciones de política y de técnica legislativas”, *RDM*, 1988, n^o 187-188, pp. 149 y ss.

84 En virtud del artículo 4.2 LSC.

85 De conformidad con la Exposición de Motivos de la antigua Ley de anónimas de 17 de julio de 1951.

86 Vid. GIRÓN TENA, J.: *Derecho...*, op. cit., p. 51.

ello, el objetivo ha sido que no descienda (debajo de unos límites)⁸⁷ el patrimonio efectivo respecto de la cifra estatutaria del capital. El capital queda estructurado de manera imperativa y rígida, al modo del resto de legislaciones europeo-continenciales, y al contrario de la normativa de corte anglosajona⁸⁸, donde la garantía para los terceros proviene de los administradores, quienes a cambio de gozar de gran libertad se ven sometidos a una férrea publicidad y responsabilidad⁸⁹.

El (derogado) texto refundido de la ley de sociedades anónimas (TRLSA) de 1989 sacó del armario lo que se encargó de guardar su precedente legal en 1951: precisamente, ese principio de capital mínimo legal. Sin dejar de garantizar los créditos de los acreedores, el legislador patrio de principios de los años cincuenta obvió este principio para dar cobijo en su seno a cualquier empresa, incluso, de tipo familiar y modesto. Caminando unos instantes por el pasado más remoto llegamos al día de 17 de julio de 1951 para recordar la ausencia de exigencia desde esa fecha (como en la codificada desde 1829⁹⁰) de un capital mínimo. En contra de su anteproyecto de ley (que establecía que el capital no podía descender por debajo de los cinco millones de pesetas), el texto definitivo de la ley de 1951 no acogió ninguna cifra como capital mínimo. Tan sólo se refirió a la cantidad de cinco millones de pesetas para obligar a las sociedades con capital superior y limitación de la responsabilidad de sus socios a revestir la forma de anónima⁹¹. El porqué de la decisión de no fijar

87 Huelga recordar que, en virtud del denominado “principio de correspondencia mínima entre el capital y el patrimonio”, se limita que el patrimonio descienda por debajo de la cifra del capital social. Para ello, la LSC establece las siguientes tres reglas básicas: la primera, la prohibición del reparto de beneficios (“ficticios”) si el patrimonio no supera el capital (artículo 273 LSC); la segunda, la reducción (nominal o contable) del capital si hay pérdidas que hacen que el patrimonio neto sea inferior a las dos terceras partes del capital, siempre que transcurra un ejercicio económico sin la recuperación del patrimonio neto (artículo 327 LSC para la sociedad anónima); y la tercera, la disolución de la sociedad en el caso de que el patrimonio sea inferior a la mitad del capital, salvo aumento efectivo del capital o reducción nominal o contable “en medida suficiente”, si no es procedente la solicitud de la declaración del concurso de acreedores, en virtud del artículo 363.1.e) LSC.

88 Léase, por ejemplo: ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: *¿Una revolución europea...?*, op. cit.

89 Vid. GIRÓN TENA, J.: *Derecho...*, op. cit., p. 51.

90 El Código de Comercio de Sáinz de Andino de 1829 no marcó un capital mínimo para las sociedades anónimas. Léase, al respecto: MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, S.: “Precedentes...”, op. cit., p. 94.

91 De acuerdo con lo planteado en la Exposición de Motivos y concretado en el artículo 4 y la disposición transitoria 3ª.

legalmente una cifra como tope mínimo para el capital social venía explicitado en la Exposición de Motivos y entroncaba con el deseo de permitir que cualquier empresa, con independencia de su mayor o menor envergadura, pudiera acoger como molde societario el de la SA, debido a que todavía no estaba aprobada una regulación específica, la de la SRL, para los proyectos empresariales de corte más modesto o carácter familiar⁹². No imponiendo un capital mínimo podía, en efecto, atenderse también a las empresas de escasa entidad económica, al menos, hasta que se promulgara para ellas una ley (la LSRL de 1953).

Desde esta óptica se comprende bien cómo, en general, el instituto del capital mínimo se emplea o se obvia dependiendo de si se pretende o no acoplar los distintos formatos societarios a la diversidad de tamaños empresariales⁹³. Una (no la única) técnica para adscribir las distintas sociedades mercantiles de capitales a las diferentes envergaduras de las empresas es, en efecto, el establecimiento de un capital mínimo, más o menos elevado⁹⁴. Su ausencia agranda el ámbito subjetivo de aplicación de una ley sin mermar los intereses

92 Vid. GIRÓN TENA, J.: *Derecho...*, op. cit., p. 56.

93 Como se indicaría en: *ibidem*, p. 57, “la única finalidad del capital mínimo es que la figura no se utilice sino para las grandes empresas”. La fijación de un capital mínimo ha sido, efectivamente, uno de los métodos de los que ha hecho uso tradicionalmente el legislador para relacionar los tipos sociales con la realidad empresarial. Vid., *ad ex.*, EMBID IRUJO, J. M.: “El capital social: el principio del capital mínimo, régimen de las aportaciones sociales y prohibiciones en materia de distribución de beneficios”, en QUINTANA CARLO, I. (dir.): *El nuevo derecho de las sociedades de capital*, Zaragoza: Trivium, junio 1989, p. 87; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: “La sociedad comanditaria...”, op. cit., p. 24. Para quien desee más detalle sobre el tema, conviene leer: ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.; BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: “El capital social mínimo. Consideraciones de política y de técnica legislativas”, *RDM*, nº 187-188, 1988, pp. 149 y ss.

94 En el hecho de que el capital mínimo no es la única técnica empleada para reservar los tipos sociales a la magnitud de las empresas, porque también lo es el número de socios, incidirían tanto EMBID IRUJO, J. M.: “El capital social...”, op. cit., p. 87, como GARCÍA VILLAVERDE, R.: “Capital mínimo”, en ALONSO UREBA, A. (et al.) (coords.): *Derecho de sociedades anónimas, t. I, La fundación*, Madrid: Civitas, 1991, pp. 113, 125, 133 (sobre el capital mínimo ya había publicado este último autor este trabajo: “El principio de capital mínimo”, en ALONSO UREBA, A. (et al.) (coords.): *La reforma del Derecho español de sociedades de capital (Reforma y adaptación de la legislación mercantil a la normativa comunitaria en materia de sociedades)*, Madrid: Colegios Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, y Notarial de Madrid; Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1987, pp. 131-147).

legítimos de los acreedores. Pero, aun sin hacer uso de un capital mínimo es posible garantizar adecuadamente los créditos de los terceros si se adopta un conjunto de reglas para tal finalidad. Sin capital mínimo, la ley de anónimas de 1951 fue cautelosa a la hora de proporcionar una tutela a los acreedores. La exigencia de suscripción completa⁹⁵, la prohibición de emitir acciones sin las correspondientes aportaciones⁹⁶, la obligación de los administradores de supervisar la valoración de las aportaciones *in natura*⁹⁷, la imposibilidad de repartir beneficios en forma de dividendos activos si el patrimonio no superaba la cifra estatutaria del capital⁹⁸ o las precauciones adoptadas en caso de modificación a la baja del capital⁹⁹ fueron ejemplos de aquella cautela. Preventivos o defensivos, su fin último fue salvaguardar al acreedor¹⁰⁰.

El recorrido histórico llega ahora al punto más inseguro, lleno de interrogantes: ¿seguirá el modelo societario basado en el capital mínimo y en el mantenimiento o la integridad?, ¿existirá aquí un futuro sin las reglas del capital social? Solo el paso del tiempo podrá dar respuesta a estas y otras cuestiones conexas¹⁰¹. No obstante, la tendencia actual de la que se han hecho eco la CNUDMI (en el proyecto de la guía legislativa sobre la ERL-CNUDMI¹⁰²) o las instituciones europeas (en la propuesta olvidada de Directiva de SUP) hace presagiar que la respuesta futura irá encaminada a menguar el papel del capital como salvaguarda de los terceros.

95 Artículo 8.

96 Artículo 33.

97 Artículo 32.

98 Artículo 107.

99 Artículos 89 y 98.

100 Con el propósito de comparar nuestro sistema jurídico con otros ordenamientos europeos de aquella época, léase: GIRÓN TENA, J.: *Derecho...*, op. cit., p. 520; PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A.: *La reducción del capital en sociedades anónimas y de responsabilidad limitada*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza: Cometa, 1972, pp. 164-175. De manera complementaria: ESCRIBANO GÁMIR, R. C.: *La protección de los acreedores sociales frente a la reducción del capital social y a las modificaciones estructurales de las sociedades anónimas*, Navarra: Aranzadi, 1998, pp. 114-116, pp. 136-138; ESCRIBANO GÁMIR, R. C.: “La Directiva 2006/68/CE...”, op. cit., p. 173.

101 Estos interrogantes ya nos los planteábamos en: GARCÍA MANDALONIZ, M.: “El cuestionado sentido...”, op. cit., p. 325.

102 En la recomendación quinta, cuyo tenor literal es el que sigue: “*La ley no debería exigir un capital mínimo para la constitución de una ERL-CNUDMI*”. Léase, al respecto, la página 19 de la última versión del proyecto de guía legislativa, de 15 de enero de 2020, correspondiente al 34º período de sesiones, en Nueva York, del 23 al 27 de marzo de 2020.

La determinación legal de un capital mínimo, que actúa como cifra preventiva de retención incorporada como dato técnico al balance, junto a su integridad y mantenimiento o defensa, exigen un esfuerzo que no halla después eco en el tráfico económico. Aparte de que el capital inicial depositado en la entidad de crédito es muchas veces retirado por los socios una vez registrada la sociedad¹⁰³, el carácter formal y fijo del capital encorseta la gestión social, aumenta los costes y hace perder eficacia y competitividad empresarial sin que, como contrapeso, se desprenda una protección real del acreedor en la *praxis* societaria¹⁰⁴. En palabras de ALONSO LEDESMA, “el instituto del capital social [...], con su cifra mínima exigida, no es más que una mera ilusión óptica de solvencia y garantía”¹⁰⁵. No es de extrañar que se asevere, no sin razón, que el capital hace tiempo que ha entrado en “crisis”¹⁰⁶. “El instituto [del capital] se encuentra en estos momentos sumido en una profunda crisis que puede hacer de él una reliquia destinada a formar parte de un museo arqueológico del Derecho societario”, comentaría la misma profesora¹⁰⁷. La “crisis”

103 Como se hace eco de esta práctica, LEÓN TOVAR, S. H.: *SAS...*, op. cit., p. 112, citando los trabajos que en la CNUDMI se han ido llevado a cabo desde 2014 sobre el proyecto de la guía legislativa de la ERL-CNUDMI.

104 Vid. ALONSO LEDESMA, C.: “Propuesta...”, op. cit., p. 512. Asimismo, léase: RODRÍGUEZ DÍAZ, I.: “El fenómeno de la adquisición derivativa de acciones propias. La Directiva 2006/68/CE modificadora de la Segunda Directiva sobre el derecho de sociedades y su incidencia en el ordenamiento jurídico español”, *RdS*, nº 27, vol. 2, 2006, p. 238, para quien “*la vigente disciplina sobre el capital social [...] resta agilidad a la gestión social sin que cumpla en la práctica la función de protección de los acreedores que tradicionalmente se le ha asignado*”. También, VELASCO SAN PEDRO, L. A.: “La reforma de la asistencia financiera...”, op. cit., p. 7. Por su parte, con un argumento de estricta eficiencia económica, ENRIQUES, L.; MACEY, J.: “Creditors versus capital formation: The case against the european legal capital rules”, *Cornell Law Review*, nº 86, 2001, pp. 1165 y ss., pondrían el acento en los costes asociados a las reglas europeas sobre el capital.

105 Vid. ALONSO LEDESMA, C.: “Propuesta...”, op. cit., pp. 512-513, donde se cita, en la nota a pie de página nº 9, este estudio doctrinal: KÜBLER, F.: “A comparative approach to capital maintenance: Germany”, *European Business Law Review*, 2004, p. 1034.

106 Véase, por todos, ALONSO LEDESMA, C.: “Algunas reflexiones sobre la función (la utilidad) del capital social como técnica de protección de los acreedores”, en *Estudios de derecho de sociedades y derecho concursal: Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, Madrid: Marcial Pons, octubre 2007, pp. 131-136; ESCRIBANO GÁMIR, R. C.: “La Directiva 2006/68/CE...”, op. cit., p. 168; RODRÍGUEZ DÍAZ, I.: “El fenómeno de la adquisición derivativa...”, op. cit., p. 238, quienes utilizarían la noción de “crisis”.

107 Vid. ALONSO LEDESMA, C.: “Algunas reflexiones...”, op. cit., p. 131.

que acecha al capital o, en palabras menos dramáticas, su cuestionamiento no es nuevo, viene de lejos en el tiempo, pero se ha intensificado en los últimos tiempos a raíz de la búsqueda de otras alternativas. Nosotros ya lo pusimos en cuestión en una investigación específica sobre el cuestionamiento del capital mínimo legal¹⁰⁸, desde donde salimos al encuentro de esas otras alternativas.

Las alternativas se encuentran a este y al otro lado del Atlántico no solo en el entorno anglosajón. Sin necesidad de recorrer largas distancias geográficas, hay sociedades mercantiles capitalistas que carecen de *legal capital* como la SAS francesa o las *private companies* inglesa e irlandesa¹⁰⁹. Estas, por no poseer *legal capital* y, en general, por gozar de una regulación sencilla, flexible y permisiva, han sido molde societario acogido por un abundante número de empresas, aun sin relación con el Reino Unido¹¹⁰ o Irlanda. Sin capital se traspasan las fronteras. Dentro de los límites fronterizos británicos e irlandeses hay lo que nos atrevimos a calificar como “esquizofrenia” del capital¹¹¹. La enfermedad que, con osadía, diagnosticamos proviene de la coexistencia de dos regímenes dispares. Mientras que las *private company* –por no entrar en el ámbito subjetivo de aplicación ni de la segunda Directiva ni de la Directiva (UE) 2017/1132– han mantenido un régimen sin capital al más puro estilo anglosajón, las *public company* (*public company limited by shares* y *public company limited by guarantee and having a share capital*) –sometidas (hasta la separación definitiva, a causa del *Brexit*, del Reino Unido de la Unión Europea) al articulado sobre el capital de las Directivas comunitarias

108 Así en: GARCÍA MANDALONIZ, M.: “El cuestionado sentido...”, op. cit., pp. 325 y siguientes.

109 En virtud del artículo 118 (“*the authorised minimum*”), perteneciente al *chapter I* (“*general provisions about share capital*”) de la *part V* (“*share capital. Its increase, maintenance and reduction*”) de la *Companies Act 1985*, solo a las *public companies* se les exigió un capital mínimo de cincuenta mil libras. Vid. ARMOUR, J.: “Legal capital: an outdated concept?”, *European Business Organization Law Review (EBOR)*, vol. 7, issue 1, 2006, pp. 10-11 (estudio reproducido después en: EIDENMÜLLER, H.; SCHÖN, W. (ed.): *The law and economics of creditor protection: a transatlantic perspective*, The Netherlands: Asser Press, May 2008, pp. 3-26).

110 Vid. ALONSO LEDESMA, C.: “Algunas reflexiones...”, op. cit., pp. 128-129 y, en especial, la nota a pie de página nº 5, donde se dio esta cifra de la constitución de *private companies* por empresas sin relación conocida con el Reino Unido: veinte mil anuales. Asimismo, léase: ARMOUR, J.: “Legal capital...”, op. cit., pp. 7, 25-26, donde se afirmó que desde el año 2003 aproximadamente seis mil compañías procedentes de Alemania se constituían bajo la flexible regulación británica.

111 Vid. GARCÍA MANDALONIZ, M.: “El cuestionado sentido...”, op. cit., p. 327.

de sociedades– acogieron como tradición jurídica de capital la contrapuesta europeo-continental.

Algo similar quizá pudiera ocurrir algún día en nuestro derecho societario: la sociedad anónima sería leal a la férrea visión europea de garantía del capital (por entrar en el ámbito de aplicación de la Directiva de 2017), mientras que la sociedad limitada o, en caso de aparecer, la nueva sociedad simplificada, por estar fuera del campo de aplicación de la normativa comunitaria, podrían estar acogidas a un sistema sin capital legal. Nótese que, si para la sociedad simplificada estamos proponiendo la ausencia de capital legal, la primera de las alternativas antes esbozadas, para su encaje (como subtipo) en la SA, decaería. Subsistirían, no obstante, las alternativas bien de una SRL simplificada o bien de un tipo mixto, encuadrado entre las sociedades capitalistas o las personalistas, porque en estas dos últimas hipótesis podría no regir el principio de capital mínimo legal, por no regir la Directiva de 2017 que lo impone (para la SA).

Sin el inflexible régimen de mantenimiento o integridad del capital, la tutela externa de los acreedores debiera hallar nuevas vías. El reforzamiento de su tutela vendría sustentado en el siguiente trípode: primero, la transparencia financiera basada en los principios de información y veracidad contable; segundo, los deberes fiduciarios de los administradores, en el sentido de una estricta responsabilidad a cambio del gozo de libertad en sus actuaciones; y, tercero, los conocidos “test de solvencia” que impiden cualquier reparto a los socios si, con ello, queda amenazada de forma directa la solvencia empresarial y, en consecuencia, los intereses de los acreedores¹¹².

La prueba de solvencia es la plataforma sobre la que se decide la distribución de las ganancias en forma de dividendos. Como subtipos, junto con los “*balance sheet test*”, se hallan los “*liquidity test*”. La solvencia empresarial, con análisis de la liquidez previsible (“*liquidity test*”, “*current liabilities test*”, “*cash flow test*” o “*equity solvency test*”), además del balance o activo neto (“*balance sheet test*” o “*net asset test*”)¹¹³, habría de ser objeto de una exhaus-

112 Consúltese: ALONSO LEDESMA, C.: “Propuesta...”, op. cit., p. 512.

113 Como tuvimos ocasión de mencionar en: GARCÍA MANDALONIZ, M.: “El cuestionado sentido...”, op. cit., p. 286 (nota a pie de página nº 135): puede profundizarse en los test de solvencia consultando: RICKFORD, J.: “Legal approaches to restricting distributions to shareholders: balance sheet tests and solvency test”, *EBOR*, nº 7, 2006, pp. 135-179; SCHÖN, W.: “Balance sheet tests or solvency tests – or both?”, *EBOR*, nº 7, 2006, pp. 181-198. Una definición de estos test se halla en la nota a pie de página nº 63 del siguiente trabajo doctrinal: MERKT, H.: “Credit protection through mandatory disclosure”, *EBOR*,

tiva valoración; confirmada a través de un “certificado de solvencia” (“*solvency certification*”)¹¹⁴ a emitir por los administradores (incluidos los de hecho y ocultos), quienes serían responsables de la exactitud y conformidad. En caso de dar positivo en el test de solvencia, la sociedad estaría facultada para distribuir los beneficios conseguidos a modo de dividendos activos siempre que, tras la distribución, no quedara afectada su solvencia. Se consideraría que la sociedad habría entrado en un estado de insolvencia (“*equity insolvency test*”) si no pudiera afrontar sus deudas con normalidad y, además, si el importe total de sus activos fuese inferior a la suma de las obligaciones asumidas más la cantidad que, en la hipótesis de disolución al tiempo de la distribución, fuera precisa para satisfacer los derechos preferenciales que tuvieran los accionistas en el momento de la disolución¹¹⁵. Variantes a este modelo presentó el informe del grupo RICKFORD¹¹⁶. Podrían ser resumidas en la no obligatoriedad del *balance sheet test*, debido al añadido superfluo al *liquidity test*; así

nº 7, 2006, p. 113: “*Under a liquidity test, the criterion is whether the company, assuming that its operations continue has sufficient cash available after making a distribution to be able to meet the debts which fall due in the coming period (e.g., twelve months) as a result of its ordinary business operations. In a balance sheet test (or net assets test), the criterion is whether after making a distribution the assets of the company are at least equal to its debts and provisions*”. Otro concepto se recoge en la página 449 de este otro estudio: SANTELLA, P.; TURRINI, R.: “Capital maintenance in the EU: Is the Second Company Law Directive really that restrictive?”, *EBOR*, nº 9, 2008: “*Under [a balance sheet test], a corporations’ s total assets should not be less than the sum of its total liabilities*”. [...] *Under a liquidity test, “the corporation should be able to pay its debts as they become due in the usual course of business*”. Estos test han sido habituales también en Canadá (artículo 42 *Canada Business Corporation Act 1985*) o Nueva Zelanda (artículo 52.2 *New Zealand Companies Act 1993*)”.

114 En torno a los “*solvency certification*”, léase, por todos, RICKFORD, J.: “Legal approaches...”, op. cit., pp. 174-178.

115 Artículo 6.40.e), ap. 1 y 2, RMBCA (*chapter 6. Subchapter D. Distributions to shareholders*). Vid. SCHÖN, W.: “Balance sheet tests...”, op. cit., pp. 193, 198. Atiéndase en nuestra doctrina a: ALONSO LEDESMA, C.: “Algunas reflexiones...”, op. cit., p. 138; ESCRIBANO GÁMIR, R. C.: *La protección...*, op. cit., pp. 44-45.

116 El contenido del informe que elaboró el grupo de trabajo constituido en mayo de 2003 en el Reino Unido (a iniciativa del *British Accounting Standards Board* y del *Company Law Centre at the British Institute of International and Comparative Law*), presidido por J. RICKFORD, se hizo público un año después en: RICKFORD, J. (ed.): “Reforming capital: Report of the interdisciplinary group on capital maintenance”, *EBLR*, vol. 15, nº 4, 2004, pp. 919-1027.

como en la responsabilidad civil e, incluso para los casos más severos, criminal de los administradores respecto del contenido del certificado de solvencia y la no necesidad de auditar tales certificados debido a los costes que el acto de auditoría llevaría aparejado.

Bajo este paraguas, la salvaguarda de los acreedores es *a posteriori* o *ex post* frente al mecanismo (vigente español) de la tutela preventiva con un derecho de oposición *a priori* o *ex ante*¹¹⁷. La tutela de los acreedores queda en aquél primero garantizada por el triple requisito de la transparencia financiera, los deberes fiduciarios de los administradores y las pruebas de balance y solvencia, con control del reparto de beneficios; como expresamente son nombradas en el proyecto de la guía legislativa sobre la ERL-CNUDMI¹¹⁸, y como antes lo fueran en la propuesta de Directiva de SUP¹¹⁹.

En esa propuesta de Directiva se prohibió la obligación de exigir legalmente la constitución y el mantenimiento de una reserva legal por parte de la SUP. Sin obligar a constituir una reserva legal, la subcapitalización hubiera sido posible que se prorrogara durante la vida societaria. En realidad, con un capital exiguo o sin un capital no hay propiamente infracapitalización¹²⁰ en el entendimiento de que no hay obligación de capitalización. De cualquier modo, en línea con el Comité Económico y Social europeo¹²¹, la doctrina¹²²

117 Vid. ALONSO LEDESMA, C.: “Algunas reflexiones...”, op. cit., p. 132. Además, vid. ESCRIBANO GÁMIR, R. C.: *La protección...*, op. cit., pp. 27, 114; SCHÖN, W.: “Balance sheet tests...”, op. cit., pp. 193-196.

118 Véase *infra* la nota a pie de página nº 127.

119 Conforme se indicó en el citado informe 30/2014 de la comisión mixta para la Unión Europea para garantizar el control de subsidiariedad de la propuesta de Directiva de SUP (BOCG: X Legislatura. Serie A. 18 junio 2014, nº 292), la protección de los acreedores quedaba garantizada con “la obligación impuesta a los administradores de la SUP [...] de controlar el reparto de beneficios, sometido siempre a los requisitos de superar una prueba de balance y la presentación de una declaración de solvencia”.

120 Como bien matizara RASPALL, M. A.: “Introducción al régimen...”, op. cit., pp. 73-74.

121 En el Dictamen sobre la propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a las sociedades unipersonales privadas de responsabilidad limitada (COM (2014) 212 final; DO C 458, 19 diciembre 2014, pp. 19-24), el Comité Económico y Social europeo, a través del ponente O. RÖPKE, se mostró contrario a “*la prohibición de exigir la creación de reservas*” por constituir, en sus palabras, “*una limitación de la responsabilidad a coste cero*” (apartado 1.3) y por ser necesarias las reservas legales para “*prevenir la insolvencia*” (apartado 4.2.3).

122 Así, en particular: ESTEBAN VELASCO, G.: “La propuesta de Directiva...”, op. cit.

vio “discutible” prescindir para la SUP de la exigencia de la reserva legal para prevenir la insolvencia. Por tal razón, la propuesta modificada de Directiva, de 21 de mayo de 2015¹²³, permitió a los Estados miembros exigir constituir reservas legales en forma de porcentaje de los beneficios o en el equivalente al porcentaje mínimo exigido para las sociedades de responsabilidad limitada¹²⁴. Esa exigencia de reserva legal, sin embargo, no encajaría en el perfil de la sociedad simplificada planteada. Para compensar la ausencia de la obligación de un capital más una reserva legal, la distribución de beneficios habría de ser previo equilibrio presupuestario y declaración de solvencia¹²⁵. Como se indicó en los Considerandos y en los apartados 19 bis y 19 bis de la propuesta modificada de Directiva de la SUP: “los acreedores deben estar protegidos de los efectos de distribuciones excesivas de beneficios”.

Como antes en la SUP, también en una figura societaria simplificada sin exigencia del capital social mínimo legal la mejor garantía de los acreedores sería la conjunción del test de balance y de la declaración de solvencia previa a las distribuciones patrimoniales a los socios, junto con la concreción de la responsabilidad de los administradores en caso de quebrantar el deber de prevenir la solvencia¹²⁶.

En esta dirección, las medidas de garantía de los acreedores que plantea la CNUDMI para la ERL-CNUDMI entroncan con la responsabilidad por la distribución indebida de las ganancias sociales y la obligación de su devolución; con las responsabilidades fiduciarias de los administradores; con la aplicación de las normas de conducta y de los principios generales, como el de buena fe; con la supervisión de la gestión; con la transparencia de la contabilidad; y, en último extremo, con la aplicación del levantamiento del velo

123 8811/15 (Nº documento: 8320/15 DRS 35 CODEC 601). Punto III, apartado b), y apartados 19 bis y 19 ter.

124 Enumeradas en el Anexo I de la Directiva propuesta.

125 Vid. ARDALÁN, J.: “Las opciones para regular...”, op. cit., refiriéndose a las declaraciones del eurodiputado L. DE GRANDES con ocasión de la propuesta de Directiva de SUP, quien, sin embargo, terminaría abogando por la necesidad de constituir una reserva legal.

126 Para ESTEBAN VELASCO, G.: “La propuesta de Directiva...”, op. cit., esta fórmula “tiene gran interés” para la mejora de la tutela de los acreedores. No obstante, el Comité Económico y Social, en su Dictamen sobre la propuesta de Directiva de SUP, consideró (en el apartado 4.2.4) que “*la declaración de solvencia por parte del administrador no puede reemplazar al capital social mínimo*” por la incertidumbre y “*el riesgo de una previsión incorrecta*”.

corporativo¹²⁷. Con este modelo de protección de terceros y del interés general no se pierde seguridad. La desregulación no debe ser máxima¹²⁸, no debe ser sin ningún límite ni tutela.

La tutela interna de los socios se vincularía, por su parte, con su participación en la junta general en las emisiones de acciones (en caso de acciones, por ser una sociedad por acciones simplificada, por ejemplo) con exclusión o limitación del derecho de suscripción preferente. También se aunaría a la obligación de efectuar las emisiones por un “valor real” o “valor razonable” (“*real value*”, “*true value*” o “*fair value*”), en vez de por un valor nominal; vinculado en las sociedades cotizadas al precio medio de cotización y en las sociedades no cotizadas (que son las que aquí interesan) al valor de las cuentas sometidas a auditoría o, en su defecto, al valor que certificasen los administradores previa aprobación de la junta general¹²⁹.

4. Sin valor nominal

El cuestionamiento del principio de capital mínimo legal¹³⁰ extendería su campo de actuación hacia el valor nominal. El artículo 23 LSC, referido al contenido mínimo de los estatutos, exige, en su apartado d), la expresión del capital social, las participaciones sociales (en caso de SRL) o las acciones (en caso de SA o de comanditaria por acciones) en que se divida, su valor nominal y su numeración correlativa. Sabido es que, en el caso concreto de la SRL, ha de expresarse “el número de participaciones en que se divida el capital

127 En el resumen que hiciera de este extremo de la guía legislativa: LEÓN TOVAR, S. H.: SAS..., op. cit., p. 113. Directamente, léanse los párrafos 35 y 36 (pp. 18 y 19) del proyecto de esta guía legislativa, en su última versión de 15 de enero de 2020; así como su recomendación quinta y, en relación con ella, también las número 6, 19, 22, 23, 29 y 30 a las que se remite aquel párrafo 35.

128 En este sentido, se indicaría en *ibidem*, p. 17, que: “Desde hace varias décadas ha surgido la tendencia de la desregularización y simplificación societaria”. Pero, “la tendencia no es la desregulación total y generalizada de las sociedades mercantiles”.

129 Las medidas planteadas en las páginas 86 a 89 y 92 a 93 (ap. IV.4.b)) del segundo informe Winter, como alternativas al modelo tradicional de integridad del capital social, se resumieron en: AZOFRA, F.: “El informe Winter sobre modernización del derecho societario en Europa”, *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, nº 4, marzo 2003, pp. 37-40.

130 Como lo cuestionamos en nuestro siguiente capítulo de libro, del que hemos tomado las anteriores referencias: GARCÍA MANDALONIZ, M.: “El cuestionado sentido...”, op. cit., pp. 253-347.

social, el valor nominal de las mismas, su numeración correlativa y, si fueran desiguales, los derechos que cada una atribuya a los socios y la cuantía o la extensión de éstos”. En el supuesto de la anónima y de la comanditaria por acciones, la expresión recae en “las clases de acciones y las series, en caso de que existieran; la parte del valor nominal pendiente de desembolso, así como la forma y el plazo máximo en que satisfacerlo; y si las acciones están representadas por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta”.

Debiendo dejar fuera de nuestro estudio las distintas clases y series y los modos de representación, ha de incidirse en que imperativamente el valor nominal debe constar en los estatutos de nuestras sociedades mercantiles de capital. Este valor nominal, fracción matemática y título de participación en el capital social, no es dable confundirlo con el valor real que fluctúa al compás del patrimonio. Las fluctuaciones patrimoniales no afectan al valor nominal que solo guarda relación con la cifra del capital. El valor nominal da como referencia la posición jurídica del socio en la sociedad¹³¹. Es el valor real el que se entrelaza con la situación variable del patrimonio mientras que son las variaciones (de aumento o reducción) del capital las que pueden afectar al valor nominal, siguiendo el estricto procedimiento legal establecido para las modificaciones estatutarias. No se permite la emisión de participaciones sociales o de acciones por una cifra inferior a su valor nominal¹³². Si en la normativa en vigor no son posibles las acciones emitidas por debajo del valor nominal, menos aún se admite su expresión en cuotas.

Con la Ley de 1951 no había impedimento para atender, además de a las “acciones de suma”, a las “acciones de cuota”, aun cuando en aquella época la mayoría fueran acciones de suma¹³³. Esa posibilidad abierta antes mediante la Ley del timbre del Estado, aprobada por Decreto de 18 de abril de 1932¹³⁴, se canceló cuando la Ley de introducción del euro obligó a que tanto la cifra del capital como el valor nominal de las acciones se convirtieran en dicha

131 Vid. ALEMÁN LAÍN, P.: *Función del valor nominal en las acciones. Una aproximación desde el derecho norteamericano*, Navarra: Aranzadi, 2003, p. 31.

132 Artículo 59.2 LSC; como antes también el artículo 47.2 TRLSA, siguiendo de cerca a la segunda Directiva (art. 8.1 *ab initio*).

133 Conforme especificó GARRIGUES DÍAZ-CAÑABETE, J.: *Curso de derecho mercantil*, T. I, 7ª ed., 1976, p. 450.

134 GARRIGUES DÍAZ-CAÑABETE, J.: *Tratado de derecho mercantil*, Madrid: Revista de Derecho Mercantil, 1947, p. 731, comentó que la “*posibilidad de existencia de estos títulos se admite en nuestra Ley de Timbre de 18 de abril de 1932*”.

moneda¹³⁵. En efecto, el valor nominal, como división del capital entre el número total de acciones, ha de expresarse formalmente en una cifra numérica, quedando apartadas las denominadas “acciones de cuota” o –en la terminología comunitaria desde la Directiva 2012/30/UE (o, mejor dicho, antes que ella, desde la Directiva 2006/68/CE)– las “acciones suscritas sin mención del valor nominal” o, dicho de otro modo, las “acciones sin valor nominal impropias”¹³⁶.

Ye expusimos en una investigación anterior¹³⁷ que en los Estados Unidos expresamente fueron admitidas las acciones sin valor nominal propiamente dichas, esto es, las “*shares without par value*” o “*no par value shares*”. Su inserción se debió a una triple motivación: para evitar posibles engaños con motivo de las diferencias en los valores nominal y real o de mercado, para soslayar fraudes de sobrevaloración de las aportaciones en especie y para facilitar la colocación de los títulos entre el público como medio de financiación empresarial. Se admitieron, primero, en la *Stock Corporation Law* de Nueva York, en 1912, seguido de Delaware, en 1917, después, de California, en 1975 y, de forma extendida, con la *Model Business Corporation Act* (MBCA, luego RMBCA)¹³⁸.

135 Vid. ALEMÁN LAÍN, P.: *Función del valor nominal...*, op. cit., p. 141.

136 En palabras reflejadas en: *ibidem*, p. 140, “a esas acciones cuyo carácter de cuotas de capital no está estatutariamente expresado las denomina la segunda Directiva: “acciones sin mención de su valor nominal”, aunque tales acciones son, en rigor, acciones de cuota o acciones sin valor nominal “impropias””. Sobre su reconocimiento en las Directivas europeas, léase: GALÁN LÓPEZ, C.: “Las “acciones sin mención del valor nominal” y su reconocimiento en el derecho europeo de sociedades”, en *Estudios de derecho de sociedades y derecho concursal: libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, vol. 1, Madrid: Marcial Pons, octubre 2007, pp. 609-636.

137 Vid. GARCÍA MANDALONIZ, M.: “El cuestionado sentido...”, op. cit., pp. 303-304.

138 Según indicábamos en: *ibidem*, p. 304 (nota a pie de página 208), el primer MBCA (bajo el nombre de *Uniform Business Corporation Act*) fue adoptado en 1928 en su totalidad por tres Estados (Louisiana, Washington y Kentucky) y de manera parcial por un cuarto Estado (Idaho). En 1943 se sustituyó el término “*Uniform*” por el de “*Model*”, pasando a tener la denominación con la que hoy se conoce. Poco después vendrían las versiones de 1950, 1962, 1965 o 1969. En la de 1950 ya se permitieron las acciones si valor nominal. Sería en 1983-1984 cuando, tras un quinquenio de trabajo liderados por Elliot GOLDSTEIN, se publicó una completa revisión del MBCA, el *Revised Model Business Corporation Act* (RMBCA), que eliminó toda referencia al valor nominal. Vid. BOOTH, R. A.: “Capital requirements in United States Corporation Law”, *ECFR*, special volume 1 (LUTTER, M. (ed.): *Legal capital in Europe*), 2006, pp. 632-633. En palabras de ALEMÁN

Solo Nebraska¹³⁹ y North Dakota se opusieron entonces a su admisión. La generalidad de los Estados federados acogió las acciones sin valor nominal propiamente dichas¹⁴⁰. Bajo este modelo son los administradores quienes deciden con libertad el valor (no nominal) de las acciones en virtud de su precio de mercado. El valor no está referido al capital. No lo está en los dos primeros Estados mencionados (esto es, New York y Delaware) porque, aun manteniéndose en ellos el concepto de “*legal capital*” y “*stated capital*”¹⁴¹, no se erige en elemento clave del sistema. No lo está en otros Estados porque se ha eliminado el concepto y las reglas del “*legal capital*”¹⁴².

La experiencia norteamericana acaso pudiera servir de algún ejemplo ahora que la legislación comunitaria ha decidido dar un paso más y avanzar des-

LAÍN, P.: *Función del valor nominal...*, op. cit., p. 45, el RMBCA “desmonta por completo el régimen del capital y el valor nominal”. Vid., asimismo, ESCRIBANO GÁMIR, R. C.: *La protección...*, op. cit., pp. 44-45. Una matización terminológica se ha de incluir: en 1988 el RMBCA pierde oficialmente el calificativo “*Revised*”, bien que en la literatura jurídica siga conociéndose con tal adjetivo, conforme señala: BOOTH, R. A.: “*Capital requirements...*”, op. cit., p. 628. Una aclaración final: de la adopción y puntual revisión del MBCA (como la más reciente 2016 *Revision*) se ha venido encargando, desde 1950, el *Committee on Corporate Laws of the Section of Business Law of the American Bar Association* (ABA). En la actualidad son veinticuatro los Estados acogidos al MBCA.

139 El extenso 2006 *Nebraska Revises Statutes* incluyó un capítulo 21 dedicado a las *corporations and other companies*. En su *chapter 21*, la *section 21-2110* (“*shares; par value; authorized capital*”) dispuso, en el apartado primero, lo siguiente: “*Each share of stock of the corporation shall have a par value of not less than ten dollars per share, as fixed by its articles of incorporation, and shall be issued only for lawful money of the United States*”.

140 Vid. ALEMÁN LAÍN, P.: *Función del valor nominal...*, op. cit., p. 75 y, en especial, la nota a pie de página nº 162.

141 Por lo que hace, en particular, al Estado de Nueva York fue la *Section 506* del *New York Business Corporation Law* la que se refirió a: “*Determination of stated capital*”, distinguiendo en sus apartados a) y b), respectivamente, entre las compañías con acciones con valor nominal y las compañías con acciones sin valor nominal. Por su parte, en palabras de ENGERT, A.: “*Life without legal capital: Lessons from American law*”, *ECFR, special volume 1* (LUTTER, M. (ed.): *Legal capital in Europe*), 2006, p. 664, el Código de Delaware (title 8, section 154) reservó el término “*stated capital*” a: “*the portion of capital designated to a particular share or class of shares. By contrast, “capital” refers to the corporation as a whole*”

142 Para más información al respecto, léase: ALEMÁN LAÍN, P.: *Función del valor nominal...*, op. cit., pp. 42 y ss.; ALONSO LEDESMA, C.: “*Algunas reflexiones...*”, op. cit., pp. 136-138.

de las acciones sin mención del valor nominal hasta las acciones sin valor nominal. Los artículos 47 y 48 de la Directiva (UE) 2017/1132 admiten que falte el valor nominal, en cuyo caso el precio de la emisión de las acciones no podrá ser inferior “a su valor par contable”¹⁴³. Pero, en España ni siquiera hemos aceptado aquel “paso intermedio” de las acciones sin mención del nominal, aunque podríamos haberlas implantado, al compás de alguna de las reformas que han ido acaeciendo en nuestra normativa societaria¹⁴⁴, al ser una vía que ha estado abierta durante más de tres décadas por el legislador comunitario. El legislador interno, sin embargo, no llegó a plantear esta posibilidad ni siquiera en la propuesta de Código mercantil, al exigir su artículo 224-3.2.2º la “indicación del valor nominal”. Con llave ha estado cerrada la puerta para las acciones sin valor nominal propias en el ordenamiento societario nacional. El camino hacia las acciones sin valor nominal propias es una posibilidad que ha abierto la citada Directiva de 2017, en dirección hacia el sistema no sólo acogido en América del Norte sino también, más al sur, en Méjico, Chile, Panamá o Brasil¹⁴⁵. Hacia este camino también podríamos tender en la Europa del sur.

5. Sin aportación patrimonial

A la cifra del capital debe corresponder una efectiva aportación patrimonial, en virtud del clásico principio ordenador de integridad o integración. En la indicación que efectúa el artículo 59.1 LSC, será nula la creación de acciones que no respondan a una aportación patrimonial efectiva a la sociedad. Quedan prohibidas tanto las “acciones gratuitas” –conocidas antes de la ley de anónimas de 1951– como las “acciones de industria o de trabajo”, en tanto la ejecución de obras o la prestación de servicios solo pueden funcionar

143 En expresión del artículo 47, primer párrafo, de la citada Directiva de 2017.

144 Antes que nosotros, ALEMÁN LAÍN, P.: *Función del valor nominal...*, op. cit., p. 205, fue proclive a haber introducido las acciones sin valor nominal con ocasión de la reforma que sobrevino a la antigua Ley del Mercado de Valores con la Ley 37/1998, de 16 de noviembre (BOE nº 275, 17 noviembre 1998), o con la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE nº 313, 31 diciembre 1998).

145 Artículo 125, fracción IV, párrafo final de la Ley general de sociedades mercantiles, de 4 de agosto de 1934; artículo 4.5 de la Ley nº 18.046 de sociedades anónimas; artículos 22 y siguientes de la Ley nº 32, de 26 de febrero de 1927, sobre sociedades anónimas; y artículos 11 y 14 de la *Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das sociedades por açoes*, respectivamente.

en las sociedades capitalistas como prestaciones accesorias distintas de las aportaciones¹⁴⁶.

Así lo remarca en el ámbito comunitario el artículo 46 de la citada Directiva de 2017 cuando exige que el capital suscrito esté constituido por activos susceptibles de evaluación económica, sin que dichos activos estén constituidos por “compromisos relativos a la ejecución de obras o a la prestación de servicios”. El remarque es para las anónimas, en tanto son ellas las que encajan dentro del ámbito de aplicación del capítulo IV (sobre el “mantenimiento y modificación del capital”) del Título I de esta Directiva sobre determinados aspectos del derecho de sociedades, en virtud del artículo 44.1 que al anexo I remite.

Fuera de esa exigencia podría quedar, si el legislador español así lo permitiera, una SRL simplificada, como también un nuevo tipo social simplificado mestizo con rasgos entrecruzados entre las capitalistas y las personalistas; toda vez que en las sociedades colectivas no se desconoce la posibilidad de no hacer aportaciones de capital (en dinero, bienes o derechos valorables económicamente) sino aportaciones de trabajo o industria¹⁴⁷.

Habiendo propuesto (como ha propuesto el grupo de trabajo I de la CNUDMI) la no exigencia de capital mínimo para la sociedad simplificada no habría necesidad de realizar aportaciones de capital. Los socios o, en la condición de unipersonalidad, el único socio no estaría/n obligado/s a efectuar aportación patrimonial alguna. A su libre decisión quedaría aportar o no al fondo patrimonial y, en caso de aportar, la forma, el tiempo y el valor de la aportación patrimonial. En dinero en efectivo, en créditos, bienes materiales o inmateriales, ejecución de obras, servicios prestados o a prestar podrían consistir, en un listado no tasado, las aportaciones decididas para las que no se requeriría, salvo acuerdo expreso en contrario de los socios, una valoración mediante un informe de un experto independiente.

El clásico principio de la libre autonomía de la voluntad de las partes proclamado en el artículo 1255 del Código Civil sería el que regiría tanto para la aportación como para la distribución de las ganancias que, en su caso, consiguiera la sociedad simplificada durante el curso de sus negocios. En el proyecto que la CNUDMI hace de una entidad de responsabilidad limitada (en las nombradas siglas de ERL-CNUDMI), el común acuerdo es el principio

146 Artículos 86 a 89 LSC, en relación con el artículo 58.2 LSC.

147 En generalizada interpretación de los artículos 125.4º, 134 y 138 del Código de Comercio.

supremo y, a falta de él, la participación en igualdad en el patrimonio y en la distribución de las utilidades; pudiéndose aprobar por acuerdo de los miembros la cantidad, el tiempo y la forma (en efectivo o en bienes) de la distribución de los beneficios¹⁴⁸.

Una norma imperativa habría de existir para la protección de los terceros, empero. Para su máxima protección contra una posible distribución indebida de utilidades, no podría haber distribución en caso de insolvencia o de balance negativo. También la prueba del balance y la exigencia de la firma de declaración de solvencia fueron incluidas en la propuesta de Directiva de SUP para garantizar “un elevado nivel de protección a los acreedores” y, por ende, para garantizar la reputación de esta *societas unius personae* que nunca prosperó. Bajo esas pruebas y exigencias, la SUP hubiera podido contar, de haberse podido aprobar, con un capital social simbólico de un euro¹⁴⁹.

Bajo la misma estela de los test de balance y solvencia, y para la adecuada protección de los terceros sin la exigencia de un capital mínimo legal, a la sociedad simplificada aquí planteada no se le permitiría distribuir utilidades si, al hacer la distribución, no estuviera en condiciones de pagar las deudas en el momento de su vencimiento o si el activo total fuese inferior a la suma del total del pasivo¹⁵⁰. De contrariarse esta prohibición, la obligación de la devolución del monto indebidamente distribuido recaería sobre los socios que lo hubieran percibido¹⁵¹. Una doble matización incorpora el proyecto de guía legislativa de la CNUDMI, acto seguido: ni el pago de una remuneración razonable por los servicios prestados ni la suma adeudada de buena fe por la ERL-CNUDMI a alguno de sus miembros podría considerarse distribución de utilidades y, en consecuencia, no sería de aplicación la citada regla de la devolución.

6. Una sociedad simplificada

Un marco jurídico interno societario que pretendiera responder a las particularidades y los requerimientos de las empresas emergentes (también digi-

148 Recomendación n° 19 del proyecto de guía legislativa sobre la entidad de responsabilidad limitada de la CNUDMI, en la versión de 25 de julio de 2016, p. 10 (A/CN.9/WG.I/WP.99/Add.1)

149 Exposición de Motivos y artículo 16 de la propuesta de Directiva de SUP de 9 de abril de 2014.

150 Recomendación n° 20 (pp. 10-11).

151 En la recomendación n° 21 del proyecto (pp. 11-12).

tales, también sociales) que se proponen habitar en el espacio ágil y global de la era tecnológica debiera, a nuestro parecer, dirigirse hacia la flexibilidad y la simplicidad tanto en la configuración como en la constitución, además de en el funcionamiento y la organización societaria. Las características esenciales del planteamiento de la reforma jurídico-societaria que hasta estas líneas ha sido esbozado para la caracterización de una sociedad flexible y simplificada (cerrada o no cotizada) estarían inspiradas en las que propone el grupo de trabajo I de la CNUDMI¹⁵² para la entidad de responsabilidad limitada o ERL-CNUDMI. La propuesta no se inspira, pero resulta concomitante, en líneas generales, con aquella que planteara la Comisión europea para la sociedad unipersonal privada de responsabilidad limitada o SUP¹⁵³.

Una y otra propuesta ponen su foco de atención en las empresas nuevas y pequeñas, para su formalización y expansión también transfronteriza. Coincidimos con ESTEBAN VELASCO en que: “No parece discutible la conveniencia de mejorar el entorno jurídico-societario para las pymes que tienen en nuestro ordenamiento como figura societaria de referencia a la sociedad limitada”¹⁵⁴. Para atender a aquella focalización y esta conveniencia, y aunque ni una ni otra de aquellas propuestas de guía legislativa y de Directiva pusieran límites cuantitativos, opinamos que pudiera ser conveniente centrar con un límite cuantitativo el ámbito subjetivo de aplicación de la regulación de la sociedad simplificada planteada para las pymes. Bien a todas ellas, sean micro, pequeñas o medianas o bien, al menos, a las micro y pequeñas empre-

152 Las características de la reforma que propone la CNUDMI para la entidad de responsabilidad limitada se recogen en *ibidem*, p. 25 y son las siguientes: “*transparencia y rendición de cuentas, formas jurídicas flexibles y cláusulas de objetivos generales [...], reducción o eliminación de los requisitos de capital mínimo, utilización opcional de los servicios notariales, un sistema declarativo y una legislación clara*”.

153 ESTEBAN VELASCO, G.: “La propuesta de Directiva...”, op. cit., resumió las características principales de la SUP en: “*simplificación administrativa en la creación de empresas; apertura a la electrificación del proceso de fundación de la sociedad; revisión de la función del capital social; libre elección del domicilio social registral; flexibilización del funcionamiento y nuevas vías para la tutela de los acreedores reforzando la responsabilidad de los administradores*”.

154 En la frase de comienzo de *ibidem*. Fuera de nuestras fronteras, en las argentinas, en análogo sentido se pronunciaría VÍTOLO, D. R.: *Ley 27.349...*, op. cit., p. 32, cuando escribió, en relación con la sociedad por acciones simplificada, que: “*nadie duda de que es imperioso –y necesario– buscar un régimen más flexible, acotado, práctico y sencillo para [...] las pequeñas y medianas empresas*”.

sas. La limitación no habría de venir plagada de restricciones cuantitativas y cualitativas del estilo de las que se extienden por el régimen jurídico de la SLNE (que la oprimen y la hacen fracasar)¹⁵⁵. La limitación podría ser, en cambio, por una simple remisión a la Recomendación 2003/361/CE, de 6 de mayo, de 2003, sobre la definición europea de las microempresas, las pequeñas y medianas empresas¹⁵⁶; luego recogida en el Anexo I del Reglamento (UE) 651/2014¹⁵⁷. La limitación podría ser, alternativamente, por remisión a los criterios que para definir contablemente a la pequeña empresa o, mejor, a la mediana establece el artículo 3, en sus apartados segundo o tercero, respectivamente, de la Directiva 2013/34/UE sobre contabilidad¹⁵⁸. Con una u otra remisión (y mejor con la remisión a la definición contable de la mediana empresa) se limitaría el ámbito de aplicación a las pymes, bajo el principio de “pensar primero en lo pequeño” que rige el proyecto de guía legislativa de la ERL-CNUDMI, no pensado ni para las grandes empresas ni para los grupos de sociedades¹⁵⁹. En dicho proyecto de guía se contempla la posibilidad de

155 Como tuvimos ocasión de analizar y criticar en: GARCÍA MANDALONIZ, M.: *La sociedad de responsabilidad limitada en el diván...*, op. cit., pp. 99-123.

156 DO L 124, 20 mayo 2003.

157 DO L 187, 26 junio 2014.

158 Directiva 2013/34/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas (DOUE L 182, 29 junio 2013). En el apartado segundo del artículo 3, para definir contablemente a la pequeña empresa, prohíbe rebasar más de un límite de los tres siguientes: un total del balance de cuatro millones de euros, un volumen de negocios neto de ocho millones de euros o un número medio de trabajadores durante el ejercicio económico de cincuenta. Para la definición contable de la mediana empresa, el apartado tercero de aquel precepto eleva la cifra del balance hasta los veinte millones, la del volumen de negocio neto hasta los cuarenta millones y el número de empleados hasta los doscientos cincuenta. Recordemos que el Comité Económico y Social europeo, en sus críticas a la propuesta de Directiva de SUP, planteaba (en el apartado 1.8 de su Dictamen de 19 de diciembre de 2014) que esta sociedad solo fuese para las empresas (pequeñas) que cumpliesen los criterios del artículo 3.2 de la Directiva sobre contabilidad. Vid. ARDALÁN, J.: “EL CES europeo apuesta por un solo domicilio social y administrativo para la futura sociedad unipersonal privada”, *Intelligence & Capital News Report*, 9 octubre 2014.

159 Como bien expusiera SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “UNCITRAL: el proyecto de guía legislativa...”, op. cit. Se recuerda que, en cambio, no está pensada solo para las pymes sino también para las grandes empresas la SAS colombiana. Vid. REYES VILLAMIZAR, F.: *SAS...*, op. cit., prefacio: p. xvi. También la SAS francesa fue ideada en

fijar un tope máximo de tamaño, por número de empleados o ganancias, superado el cual habría de adoptarse otra forma jurídica; bien que advirtiendo que ese límite máximo podría “restringir innecesariamente el crecimiento”¹⁶⁰ de la ERL-CNUDMI que plantea.

Teniendo en cuenta esa advertencia, bajo unos u otros criterios cuantitativos a los que remitir, la sociedad simplificada sería para las pymes que los cumplieran. Para estas micro, pequeñas y medianas empresas, los pilares de la configuración de la nueva sociedad simplificada serían la libertad contractual, la personalidad jurídica y la responsabilidad limitada, con objeto social general y sin capital social mínimo legal. Una vez identificados estos rasgos principales se agregarían otros rasgos complementarios. Complementarios que se suman al de sin capital mínimo legal son el de sin valor nominal y el de sin efectiva aportación patrimonial. También el de reforzamiento de la responsabilidad de los administradores para una adecuada tutela de los acreedores, bajo los test de balance y solvencia, acompañados del control contable de las distribuciones de beneficios¹⁶¹.

Retratados unos y otros, habría de diseñarse, sin solución de continuidad, los escenarios en los que podría llegar a encajar una sociedad simplificada en nuestro ordenamiento jurídico interno. Los grandes escenarios podrían ser dos¹⁶²: un escenario podría implicar la reforma del régimen jurídico vigente; el otro podría evitar modificar el régimen societario vigente para diseñar un tipo autónomo de sociedad o, incluso, una “entidad”. Uno u otro permiten esbozar en su interior una o más posibilidades o alternativas.

origen para albergar a los grupos de sociedades, aun cuando luego se abriera a las pymes, conforme en la parte II de esta investigación tuvimos ocasión de adelantar.

160 En la literalidad de las palabras reflejadas en el párrafo 37 de la última versión del proyecto de guía legislativa, de 15 de enero de 2020 (p. 19).

161 Como se proponía igualmente para la SUP. Así, por ejemplo: ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: ¿Una revolución...?, op. cit.

162 Tres escenarios de reforma se plantearían en: MCCAHERY, J. (et al.): “The new company law: what matters in an innovative economy?”, *ECGI Working Paper Series*, n° 75, 2006 (citado en: REYES VILLAMIZAR, F.: *SAS...*, op. cit., p. 73, nota a pie de página n° 94): el primero, la reforma del régimen jurídico-societario vigente; el segundo, la creación de un tipo societario autónomo sin conexión con el régimen jurídico-societario vigente; y, el tercero, la creación de un tipo societario autónomo con conexión con el régimen jurídico-societario vigente; por el que abogan.

6.1. ¿Una sociedad simplificada con responsabilidad limitada incardinada en el derecho de las sociedades mercantiles?

En los epígrafes que a este antecedente hemos dejado esbozada una triple alternativa para tratar de insertar en nuestro derecho de sociedades mercantiles a una sociedad simplificada con los caracteres principales y complementarios que han sido descritos. La primera posibilidad articularía a la sociedad simplificada en el seno de la SA, como subtipo del tipo más capitalista de las sociedades de capitales. Si así fuese insertada, la SA simplificada sería apta para la sociedad cerrada con independencia de si tuviera o careciera de ánimo de lucro.

Para que pudiera dar óptimo encaje a las empresas sociales sin ánimo lucrativo habría que eliminar los obstáculos que, en este extremo, alza la legislación de sociedades de capital. Como avanzábamos en el capítulo anterior, reinvirtiéndose de manera principal la empresa social los beneficios que obtiene con su actividad económica al cumplimiento de su “objetivo social de interés común” –en los términos de la definición de la Comisión europea sobre la empresa social¹⁶³–, habría que permitir la supresión voluntaria del reparto de beneficios sin afectar a otras disposiciones que giran en torno a ese reparto (acciones sin voto, dividendos preferentes, morosidad del socio, derecho de separación o retribución de los administradores) o, mejor, sin hacer girar esas otras disposiciones en torno al reparto de ganancias en forma de dividendos activos.

Solo así se configuraría como una sociedad mercantil propiamente de capital, cerrada, simplificada y flexible, unipersonal o pluripersonal, con o sin ánimo lucrativo. En este primer planteamiento de una anónima simplificada¹⁶⁴, no obstante, debiera obviarse la posibilidad antes trazada de no realizar aportación patrimonial, en tanto para la anónima exige efectiva aportación de evaluación económica la Directiva europea sobre determinados aspectos del derecho de sociedades.

Con esta primera alternativa, consistente en una SA simplificada, el legis-

163 En la iniciativa europea en favor del emprendimiento social de 2011. Vid. *supra* la nota a pie de página nº 169 del capítulo 2 de esta obra.

164 Por un “*subtipo de la sociedad anónima*” y, en concreto, por un “*subtipo social de sociedad anónima cerrada*” hubiera optado VÍTOLO, D. R.: *Ley 27.349...*, op. cit., pp. 32-34, para configurar a la sociedad por acciones simplificada argentina, en vez de por el nuevo tipo societario híbrido que creó la Ley 27.349.

lador podría dejar inalterado el resto del panorama tipológico de las sociedades de capitales. Siendo así, subsistiría la SRL con su regulación presente. Subsistiendo, se acentuaría la difícil dicotomía entre la SRL y la SA; esta última, además, en una modalidad simplificada. La SA simplificada serviría de enlace entre los regímenes generales de la SA y la SRL. Provocándose una directa y sana competencia entre tipos y subtipos de las sociedades de capitales, nuestras previsiones son que se favorecería y reforzaría la acogida en la práctica de la SAS simplificada, en tanto los emprendedores suelen optar por una forma jurídica más sencilla y flexible¹⁶⁵.

Si no se quisiera que hubiera competencia sino reemplazo, al tiempo que se revisase el régimen jurídico de la SA para la inclusión del subtipo de la SAS, podría pensarse en suprimir el tipo de la SRL (y, en consecuencia, el subtipo de la SLNE, como también la SLFS) para anular la polivalencia funcional, en pro de la consecución de un sistema monista de sociedades de capital centrado en la SA. Este último pensamiento podría toparse, sin embargo, con no poca resistencia para llevarse a cabo. No se olvide que la forma jurídica de la SRL es el referente para un tejido económico-empresarial, como el español, nutrido de un elevado número de pequeñas empresas y microempresas que hasta ahora se decantan por el régimen jurídico menos costoso y formalista del que goza la SRL respecto de la SA¹⁶⁶.

La segunda de las alternativas meditadas quedaría centrada, precisamente, en la SRL sin movimientos de los cimientos de la SA. Huelga recordar que nuestro derecho societario de capital fue refundido en 2010, pero se mantuvo sustentado en la triple legislación anterior (derogada) de sociedades de capital: el TRLSA de 1989, para la SA; la LSRL de 1995, para la SRL; y el Código de comercio¹⁶⁷ para la sociedad comanditaria por acciones. Frente a su precedente (de 1953), la LSRL de 1995 consiguió dotar de mayor flexibilidad y menores costes a la SRL lo que, sin duda, derivó en la popularidad en la práctica comercial de esta figura societaria para iniciar una actividad empresarial. Tal flexibilidad se mantuvo con la LSC.

Pero, nos preguntamos si el vigente es el tope máximo de flexibilidad que

165 Conforme así demuestran los datos recogidos en el párrafo séptimo del documento de la CNUDMI A/CN.9/WG.I/WP.93/Add.1, p. 5; a los que se remite el párrafo sesenta y ocho del documento posterior A/CN.9/WG.I/WP.93/Add.2, p. 23.

166 Vid. *supra* la nota a pie de página n° 34.

167 En los anteriores artículos 151 a 157 del Código de Comercio, antes de su derogación por la LSC.

la regulación de la SRL pudiera alcanzar y al que podría aspirar. Nuestra respuesta es que se podría atravesar el tope actual para redoblar la elasticidad, la sencillez y el ahorro de costes. Tal y como fue diseñado en 1995 y refundido en 2010, el régimen jurídico de la SRL no se acomoda suficientemente a los cambios que se avecinan en la moderna industria digital. Para el acomodo pudiera pensarse en introducir en la SRL un injerto, a modo de otro subtipo, este simplificado, que se sumaría al de la SLNE y a la situación transitoria de capitalización gradual de la sociedad limitada de formación sucesiva o SLFS. No siendo en este caso un nuevo tipo societario, sería un caso de especialización tipológica y, al tiempo, de simplificación. Pero, preferiblemente propondríamos realizar una remodelación completa del régimen general de la SRL, con supresión de la SLNE y de la SLFS, sin capital social mínimo legal, con estructuración organizativa fundamentada en la libre autonomía de las partes y con una óptima adaptación para las empresas no solo con sino también sin ánimo de lucro. Se lograría, entonces, una sociedad de capital, unipersonal o pluripersonal, de configuración más flexible y simple, y más personalista. Es con el tipo social de la SRL con el que más semejanzas parece encontrar una sociedad simplificada¹⁶⁸, que lo que haría sería intensificar la mayor simplicidad y los menores costes de la SRL respecto de la SA.

Pero, para el supuesto en el que el legislador interno no fuese proclive a mutar ni el vigente régimen legal de la anónima ni el de la limitada, se nos ocurre otra opción para encuadrar a la sociedad simplificada en nuestro derecho de sociedades de capital. Prescindiendo tanto del ropaje jurídico de la SA como de la SRL, se incluiría en el catálogo de las sociedades capitalistas a la sociedad por acciones simplificada, dejándose influir por la designación y la configuración de la SAS francesa, colombiana o argentina. Se configuraría como un nuevo tipo social de capital, bien que con rasgos híbridos entre los propios de las personalistas y los propios de las capitalistas. De las caracterizadas por el *intuitu personae* acogería una superior tasa de autonomía de la voluntad, a la vez que la no exigencia de capital mínimo legal ni de aportación patrimonial. Con las caracterizadas por el *intuitu pecuniae* compartiría la responsabilidad limitada. Sin pérdida del rasgo típico de las sociedades de capital, esto es, la responsabilidad limitada, se personalizaría o “contractualizaría” a la híbrida nueva sociedad.

168 En la comparación entre la SUP y la SL, ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “¿Una revolución...?”, op. cit., declaraba que: “La SUP [...] no es una SL”, pero “la SUP es muy semejante a la SL”.

En avance hacia este mestizaje podría llegar a darse un paso más cercano a la personalización hasta insertar a las simplificadas entre las sociedades personalistas. Si en el pasado el Reglamento del Registro Mercantil de 1919 permitió la inscripción de las sociedades personalistas dotadas de responsabilidad limitada bajo el *nomen iuris* de “sociedades de responsabilidad limitada y razón social”, en el futuro quizá podría retomarse aquella idea para configurar una sociedad regular o colectiva (por ser la sociedad general) simplificada con responsabilidad limitada.

6.2. ¿Una entidad simplificada con responsabilidad limitada separada del derecho de las sociedades mercantiles?

Cabría todavía una alternativa más, más rompedora que las citadas más arriba. Fuera del vigente derecho de las sociedades mercantiles capitalistas o personalistas podría circunscribirse a la entidad simplificada de responsabilidad limitada. De encuadrarse fuera de los vastos márgenes del derecho de sociedades, habría que cuestionar el calificativo como “sociedad”.

Conocido por todos es que un concepto restringido de “sociedad” –respaldado por las definiciones legales de los artículos 116.1º del Código de comercio y 1665 del Código Civil– abarcaría en exclusiva a aquellas que tuvieran ánimo de lucro. Bajo este clásico prisma dualista, propio de codificaciones latinas como la nuestra, la distinción entre la asociación *stricto sensu* y la sociedad también *stricto sensu* residiría en el ánimo lucrativo. En la asociación *lato sensu* se implantarían tanto la asociación *stricto sensu*, como “asociación de interés público”, como la sociedad *stricto sensu*, como “asociación de interés particular”, en la concepción legal que establecen los artículos 35.2 y 36 del Código Civil.

Sabido también es que este planteamiento codificado y restringido hace largo tiempo que viene siendo superado por una visión doctrinal más moderna y amplia¹⁶⁹ donde el ánimo de lucro no se muestra inherente al concep-

169 Como tuvimos ocasión de plasmar en: GARCÍA MANDALONIZ, M.: “Naturaleza jurídica del microcrédito y caracterización societaria de las instituciones microfinancieras”, *Cuadernos de la Cátedra Garrigues*, vol.3, junio 2015, pp. 102-103 y, en especial, nota a pie de página nº 89, “*el planteamiento clásico ha sido superado por una corriente doctrinal, inspirada en el sistema alemán, tendente a desmitificar el lucro como elemento esencial*”. Léase, por todos: GIRÓN TENA, J.: *Derecho...*, op. cit. pp. 25 y ss.; PAZ-ARES, C.: “Comentario al artículo 2.1 LAIE”, en PAU PEDRÓN, A. (coord.): *Comentario a la Ley de agrupaciones de interés económico*, Madrid: Tecnos, 1992; PAZ-ARES, C.: “Ánimo de

to de “sociedad”. Perdiéndose la esencia diferenciadora del ánimo de lucro, la sociedad entendida *lato sensu* se construiría sobre el origen negocial y el fin común que podría no ser lucrativo; en inspiración del sistema unitario o monista propio de las legislaciones de corte germánico donde la consecución de un fin común es el elemento esencial del contrato de sociedad¹⁷⁰. Desde esta óptica amplia, el derecho de sociedades extendería su campo subjetivo de aplicación. Aun en una recurrente y vacilante discusión doctrinal y jurisprudencial en la que desde estas líneas no podemos entrar a debatir, esa extensión ha venido englobando a las comunidades de bienes a través de las cuales se pone en marcha un negocio, a las agrupaciones de interés económico¹⁷¹ y a las cuentas en participación¹⁷², por existir en estos casos un acuerdo de voluntades y un fin común, que en las agrupaciones de interés económico no tiene

lucro y concepto de sociedad. (Breves consideraciones a propósito del artículo 2.2 LAIE)”, en *Derecho mercantil de la Comunidad europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid: Civitas, 1991, pp. 733 y ss., quien define a la “sociedad” como: “Cualquier asociación voluntaria dirigida a la consecución de la finalidad común mediante la contribución de todos sus miembros”.

170 Al estilo de lo dispuesto en el artículo 530 del Código de obligaciones de Suiza o del artículo 705 del Código Civil de Alemania.

171 La Abogacía General del Estado (Dirección del Servicio Jurídico del Estado. Subdirección General de los Servicios Consultivos) (en referencia A.G. Ciencia e Innovación 1/11 [R-18/11] de 1 de febrero de 2011) (Entrada nº: 20111000001939) concluyó caracterizando (en p. 13) a las agrupaciones de interés económico como sociedades.

172 La jurisprudencia no ha resuelto las dudas en cuanto a la exacta naturaleza jurídica de las cuentas en participación porque ha sido ambivalente. Admitió el carácter societario en un buen número de sentencias (STS 16 enero 1878, 9 octubre 1890, 21 enero 1893, 8 abril 1897, 8 julio 1897, 30 junio 1941, 10 mayo 1946, 15 noviembre 1956, 5 febrero 1957 y 23 noviembre 1961), pero también se lo negó en otras muchas (STS 1 abril 1909, 22 mayo 1930, 30 junio 1941, 10 diciembre 1946, 5 marzo 1953, 10 abril 1954, 21 marzo 1956, 3 mayo 1960, 8 febrero 1963, 25 mayo 1963, 6 febrero 1964, 30 abril 1964 y 24 septiembre 1987), por considerar que resultaba imprescindible en el concepto de “sociedad” la personalidad jurídica y el patrimonio o fondo en común. Por su parte, en la doctrina, a favor de su carácter societario se mostraron GIRÓN, MARTINEZ SANZ, GUAL DALMAU, PIÑOL AGUADE o SOLÁ DE CAÑIZARES. De acogerse una interpretación genérica de “sociedad” sería posible la inclusión de las cuentas en participación, aunque su regulación en el Código de Comercio se cobije en un Título del Libro II separado al de las sociedades mercantiles. Por el contrario, otra teoría más restrictiva que impediría calificar a las cuentas en participación como sociedad mercantil fue aceptada entre otra parte de la doctrina española (FERNÁNDEZ-NOVOA, GARRIGUES, LANGLE Y RUBIO), a tono con una interpretación restringida de “sociedad”.

ánimo de lucro para sí mismas. Bajo esta perspectiva doctrinal y jurisprudencial amplia de la sociedad, bien podría hallar encaje también una sociedad simplificada con personalidad jurídica, con responsabilidad limitada y con o sin ánimo de lucro.

No obstante, una jurisprudencia¹⁷³ reacia a negar el carácter societario a las cuentas en participación puso el acento en la personalidad jurídica y el patrimonio o fondo en común como el doble requisito básico para conceptuar a una entidad como “sociedad”. La personalidad jurídica, ausente en las cuentas en participación, está presente en la entidad simplificada. El patrimonio, sin embargo, pudiera faltar, al menos, en el momento inicial de constitución de esta entidad simplificada si el legislador interno permitiera que no hubiera ni capital mínimo ni correlativa aportación patrimonial, como se plantea para la ERL-CNUDMI en la recomendación quinta de su proyecto de guía legislativa.

Sin aportaciones de capital no podría diseñarse como una sociedad anónima simplificada, en tanto –se insiste– la Directiva de 2017 sobre determinados aspectos del derecho de sociedades obliga a que el capital suscrito de la sociedad anónima esté constituido por activos susceptibles de evaluación económica, sin que puedan consistir en la ejecución de obras o en la prestación de servicios. Sin aportaciones patrimoniales podría diseñarse, entonces, como una SRL simplificada únicamente en la hipótesis de que el legislador nacional decidiera introducir un vuelco en este sentido. También cabría el diseño de un nuevo tipo social capitalista ajeno a la SA y a la SRL que no tuviera ni capital mínimo legal ni aportaciones patrimoniales, quedando fuera del ámbito de aplicación de aquella Directiva.

Por otro lado, se recuerda que aportaciones de industria puede haber en las sociedades personalistas, aunque solo a las que son evaluables económicamente consistentes “en dinero efectivo, créditos o efectos” alude el artículo 125.4º del Código de comercio como contenido mínimo de la escritura social. Sin capital social mínimo legal y sin la correlativa aportación patrimonial la entidad simplificada podría constituirse, entonces, como sociedad colectiva o regular (con responsabilidad limitada).

Aunque el patrimonio se iría generando después en función de los resultados, positivos o negativos, del ejercicio de la actividad empresarial, sin patrimonio inicial no cumpliría uno de los dos requisitos ineludibles para su consideración como “sociedad” en la susodicha interpretación restringida

173 Vid. *supra* la nota a pie de página previa.

jurisprudencial; pero sí la tendría en aquella otra interpretación doctrinal y jurisprudencial más ancha que solo requiere –se insiste– un acuerdo de voluntades y un fin común para estar ante un contrato de sociedad, sin importar el fin lucrativo.

Pero, aun pudiéndose considerar bajo este último entendimiento amplio como “sociedad”, quizá pudiera convenir no considerarla como tal. La conveniencia para no considerarla como una entidad de naturaleza societaria sería para aquella hipótesis en que se atisbaran relevantes reticencias para la revisión del derecho de sociedades en vigor en orden a insertar en él a la sociedad simplificada como nuevo tipo o subtipo societario capitalista, personalista o híbrido. Si fuese así y si hubiera insistencia por regularla en nuestro país, puede que conviniera caracterizarla, entonces, como una entidad de naturaleza no societaria. En tal supuesto, sin alterar el derecho codificado ni “descodificado” de las sociedades mercantiles, se construiría un derecho independiente de “entidades” simplificadas con personalidad jurídica y responsabilidad limitada. Esta idea de la independencia no es propia sino apropiada del proyecto de guía legislativa de la ERL-CNUDMI. En esta guía se acentúa la idea de la no necesidad de vinculación con el derecho de sociedades vigente; viendo lógica su desvinculación¹⁷⁴. La innovación que promueve esta organización internacional requeriría, más que reformulación, desconexión del derecho de sociedades en vigor.

No hubo independencia cuando se formuló la SAS francesa mediante una ley, la número 1 de 1994, revisora de la Ley 66-537 de sociedades comerciales. Más independencia y autonomía hubo cuando se reguló la SAS colombiana mediante una ley especial, la número 1258 de 2008¹⁷⁵. También la hubo con la aprobación de la SAS argentina mediante una legislación especial, la número 27.349 de 2017, separada de la ley general de sociedades¹⁷⁶. Pero, ni siquie-

174 Páginas 8-9 del informe del grupo de trabajo I de la CNUDMI sobre la labor realizada en su 27º período de sesiones (Viena, 3 a 7 de octubre de 2016).

175 Regulada en la Ley 1.258 de 5 de diciembre de 2008 (Diario Oficial n° 47.194, 5 diciembre 2008). Lúcido comentario de esta Ley fue el realizado por su impulsor, REYES VILLAMIZAR, F.: SAS..., op. cit., 319 pp., quien expresó la independencia y autonomía “en cierto sentido” de esta Ley colombiana.

176 Ley 27.349 de apoyo al capital emprendedor, dada en la Sala de sesiones del Congreso argentino el 29 de marzo de 2017 y publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina (22 pp.). Se regula la SAS en el Título III: artículos 33 a 62. Acerca del régimen jurídico especial (tanto el proyectado como el aprobado y sancionado) de la SAS argentina, se leen con interés los siguientes artículos y monografías doctrinales: CARLINO, B. P.:

ra en estos dos últimos casos se ha llegado a alcanzar plena independencia. Aun cuando se regulan la SAS colombiana y la argentina en leyes especiales, se insertan en el ordenamiento societario vigente. El derecho (especial) de sociedades simplificadas queda en los citados países incardinado en el derecho (general) de las sociedades mercantiles, al que acuden de manera supletoria y complementaria en lo no particularmente regulado ni acordado¹⁷⁷.

La separación nos parece que es de grado superior en el planteamiento que hace la CNUDMI en la nombrada guía legislativa. Para agrandar la separación, este organismo internacional no plantea una “sociedad” sino una “entidad”. Omite con intención el término “sociedad” y emplea con consciencia el término de “entidad” para visibilizar la separación que pretende. Bajo el principio de “neutralidad terminológica” o “terminología neutra” que busca consolidar no habría “sociedades” sino “entidades”, no habría “socios” sino “miembros”¹⁷⁸ en la ERL-CNUDMI.

Procedente del vocablo latino “*entitas*”, una “entidad” es en el cuarto significado que el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua ofrece un “ente o ser” y en el primero de los significados ofrecidos una “colectividad considerada como unidad y, en especial, cualquier corporación, compañía o institución, tomada como persona jurídica”. Entidad de naturaleza societaria es la compañía mercantil. Entidad de naturaleza no societaria pudiera ser la entidad simplificada, en la pretensión de separación de la citada guía legislativa.

En este último caso, para evitar equívocos que pudieran dar lugar a diversas interpretaciones, convendría no solo definir en el preámbulo de una ley especial a la entidad simplificada como entidad asociativa sino también mantener ese calificativo luego en el articulado. Recordemos que, si bien el

“El control estatal en la SAS”, *La Ley*, 11 abril 2017, pp. 2 y ss.; DUPRAT, D. A. J.: “Sociedad por acciones simplificada (SAS)”, *La Ley*, año LXXXI, n° 75, 21 abril 2017, pp. 1-5; FAVIER DUBOIS, E. M.: “¿Cuál es el tipo social más adecuado para las PYMES: la SRL, la sociedad anónima o la nueva “sociedad por acciones simplificada?””, *Favier Dubois & Spagnolo. Abogados y Consultores*, 7 junio 2017; VÍTOLO, D. R.: “La sociedad anónima simplificada (SAS)”, *La Ley*, 1134, T-2016-E; VÍTOLO, D. R.: *Ley 27.349...*, op. cit., 289 pp.

¹⁷⁷ Por lo que respecta a la legislación argentina, consúltese *supra* la nota a pie de página anterior. En lo que se refiere, en este aspecto, tanto a la Ley argentina como a la Ley colombiana, vid., *ad ex.*, VÍTOLO, D. R.: *Ley 27.349...*, op. cit., pp. 118-119.

¹⁷⁸ Así, en la documentación preparatoria de la guía legislativa de la ERL-CNUDMI; así como en la última versión de su proyecto, de 15 de enero de 2020 (párrafos 13 a 15, pp. 9-10).

preámbulo de la Ley 12/1991, de 29 de abril, califica como “nueva figura asociativa” a la agrupación de interés económico o AIE¹⁷⁹, esta inicial calificación se ve luego discutida porque entre sus preceptos¹⁸⁰ se leen los vocablos “sociedad” y “socios”, permitiendo conceptualizarla como una entidad de naturaleza societaria y carácter mercantil¹⁸¹, como así la ha conceptualizado la Abogacía General del Estado¹⁸². Para acabar con los equívocos en cuanto a su naturaleza (asociativa o societaria), el anteproyecto de Código mercantil dispuso expresamente¹⁸³ que la agrupación de interés económico es una asociación y, por ende, acoge los términos de “miembros” y “asociados”; aunque el régimen supletorio contemplado siga siendo el de la sociedad colectiva, dada su “afinidad tipológica”. Al modo expreso en que lo hace este anteproyecto para esta agrupación, podría llegar a hacerse para la entidad simplificada.

Desconectado de los vastos contornos del derecho de sociedades podría diseñarse, entonces, un derecho de las entidades simplificadas. Serían dos compartimentos estancos que correrían paralelos, aunque el derecho de las entidades simplificadas guardaría reminiscencias del derecho de sociedades del que trataría de desprenderse para independizarse, y al que creemos que tendría que retornar de modo supletorio para cubrir sus lagunas. Si así se propusiera, sería un derecho de las entidades empresariales de configuración y organización simplificada que gozarían de personalidad jurídica y de responsabilidad limitada y que, en función de la libertad contractual, tendrían o no ánimo de lucro, sin capital social mínimo legal, sin aportes patrimoniales iniciales y con objeto social general. Con la suma flexibilidad que emana de la libertad de pactos reinante, ese derecho de las entidades simplificadas se remitiría supletoriamente bien al derecho de las sociedades capitalistas, bien al derecho de las sociedades personalistas, según hubiera más acentuación de unos rasgos que de otros.

Pero, pese a la querencia de independencia de la que hace gala el proyecto de guía legislativa de la CNUDMI para la ERL-CNUDMI¹⁸⁴, preferiríamos decantarnos nosotros –en estas líneas cercanas a las conclusiones de este tercer capítulo– por incardinar a las entidades simplificadas dentro del vigente de-

179 En el apartado sexto, párrafo primero.

180 En los artículos 6.1, 13.3.2º, 19.1 y 2 y 20.1.

181 El carácter mercantil se desprende directamente del artículo 1 de la Ley 12/1991 que regula las agrupaciones de interés económico (BOE nº 103, 30 abril 1991).

182 En la consulta citada *supra* en la nota a pie de página nº 171.

183 En el artículo 292-1.

184 Léase *supra* la nota a pie de página nº 178.

recho de las sociedades mercantiles. Las entidades simplificadas regresarían, de nuevo, a ser sociedades simplificadas por tener naturaleza propiamente societaria. Con ese regreso se aprovecharía el consolidado derecho societario, con sus precedentes y sus desarrollos¹⁸⁵.

Para su inclusión en el derecho de las sociedades mercantiles, el legislador interno podría acoger cualquiera de las alternativas inicialmente esbozadas. No obstante, una sociedad simplificada sin capital legal no encuadraría bien como un subtipo de la anónima, en tanto la Directiva de 2017 exige un mínimo de capital social y una aportación patrimonial inicial. Entre las restantes opciones, nos inclinaríamos por una u otra de las dos siguientes propuestas: o bien por desarrollar un nuevo tipo social, a modo de “sociedad de capital de configuración personalista”¹⁸⁶ o, bien por imitar (no sin modificar para adaptar) la opción colombiana seguidora de la francesa, por una sociedad por acciones simplificada o SAS.

Mejor sería, en nuestra opinión final, simplificar más el régimen jurídico de la SRL hasta lograr que fuese realmente simplificado y abaratado, no solo en el momento de su constitución sino también en el de su mantenimiento de cara a su funcionamiento y organización. No son escasos los costes directos o indirectos que aún aprietan a las sociedades limitadas en su gestión u operativa¹⁸⁷ y que pudieran aliviarse de ser la sociedad limitada una sociedad simplificada, además de digitalizada.

En cualquiera de las últimas alternativas trazadas, la sociedad simplificada formaría parte del elenco de las sociedades mercantiles bajo un régimen legal dispositivo y de mínimos, sin pérdida de la personalidad jurídica ni de la responsabilidad limitada y sin pérdida igualmente de la seguridad jurídica. Sin estas pérdidas, ganaría en simplicidad en la fundación, en la configuración y en la organización.

185 En análogo sentido, de manera general, se pronunció: RASPALL, M. A.: “Introducción al régimen...”, op. cit.

186 Como manifestara ESTEBAN VELASCO, G., “La propuesta de Directiva...”, op. cit., en su estudio crítico de la Propuesta de Directiva de la SUP se pretende un “*nuevo paradigma para el Derecho de sociedades de capital de configuración personalista*”, a la manera en que se planteara la sociedad unipersonal privada de responsabilidad limitada en la propuesta (luego enmendada) de Directiva comunitaria de 2014-2015

187 Refiriéndose tanto a SL como a SA, concretaría ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “¿Una revolución...?”, op. cit., que se trata de costes “*explícitos (tiempo y dinero)*” e “*implícitos*” como la “*contratación de expertos de todas clases (gestores, abogados, expertos independientes) que resultan imprescindibles para cualquier gestión societaria*”.

Con cualquiera de las opciones finales, el régimen jurídico habría de ser simplificado, flexible e innovador. En suma, un derecho inteligente que conlleva un derecho claro, por ser sencillo y previsible. Aboga por una legislación inteligente la Comisión europea¹⁸⁸. Aboga por una legislación clara también la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional o CNUDMI¹⁸⁹. A la claridad y la inteligencia añadiríamos la movilidad. Sería una legislación “móvil” o “movible” por su aptitud para una fácil y ágil modificación mediante acuerdos de los socios (sin requerirse su unanimidad) que entraña la flexibilidad. Abogamos por una legislación clara e inteligente, además de móvil o movible, para el emprendedor digital y social. Las metas del derecho serían la claridad, la inteligencia y la flexibilidad o movilidad que habrían de acompañarse o acompasarse con la sostenibilidad para ir hacia un modelo sostenible de derecho de sociedades mercantiles.

Para alcanzar esas metas, convendría discurrir por el trayecto marcado por el proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre la entidad de responsabilidad limitada que en la presente investigación ha sido simplemente bosquejado. Este trayecto se muestra en buena sintonía con la senda que el Parlamento Europeo y el Consejo trataron de trazar (en trazo frustrado) para una sociedad unipersonal privada de responsabilidad limitada que avivara el emprendimiento transfronterizo en una época cada vez más interconectada. Como manifestara el ministro letón de Economía en la presidencia del Consejo de Competitividad, de 28 de mayo de 2015, que aprobara el texto transaccional para el estatuto de la SUP, “este expediente es un ejemplo concreto de las ventajas que la digitalización puede aportar al mercado único y a todos nosotros: a los ciudadanos que están pensando en sumarse al fenómeno de las *start-up* y crear su propia empresa, a las pymes que se están planteando establecer filiales, y a las Administraciones Públicas que serán cada vez más digitales. Todos salimos beneficiados en lo que a modernización, crecimiento y empleo se refiere”¹⁹⁰.

188 En denominación de la Comunicación de la Comisión europea de 8 de octubre de 2010 donde se propone caminar hacia una legislación inteligente que necesariamente ha de ser clara y accesible (p. 9).

189 Por una “legislación clara” aboga la CNUDMI (pp. 25-26 de la Nota de la Secretaría sobre las mejores prácticas de inscripción registral de empresas de 5 de septiembre de 2014; p. 23 de la Nota de la Secretaría de 10 de agosto de 2015; o párrafos 238 y 239 y recomendación 56 del Informe de la CNUDMI de 31 de julio de 2018).

190 En palabras de quien fuese ministro letón de Economía D. REIZNIECE-OZOLA, recogidas en el comunicado de prensa, de 28 de mayo de 2015, del Consejo Europeo y del

Estas palabras transcritas, destacando la digitalización, sirven de cierre de este capítulo que ha enfatizado la simplificación. Servirán también de apertura de los siguientes que resaltarán la digitalización. Digitalización tanto en la constitución de la sociedad (limitada y, de aparecer algún día, de la simplificada) como en su organización interna y en su buen gobierno. La simplificación se imbrica con la digitalización. Ambas, simplificación y digitalización, discurrirán unidas en el próximo capítulo sobre la constitución societaria. La electrificación de la tramitación de la sociedad, sin presencias físicas de los socios fundadores, fue una de las claves que la propuesta de Directiva de la SUP planteó y que, tras su retirada, ha retomado e impulsado la Directiva, de junio de 2019, sobre la digitalización del derecho de sociedades. Por una electrificación eficiente registral, para fomentar la formalización empresarial, se decanta también la CNUDMI en la guía legislativa sobre los principios fundamentales de un registro de empresas. Esta otra guía es acompañante paralela de la propuesta de guía legislativa que sobre la entidad de responsabilidad limitada¹⁹¹ se ha analizado en las páginas de este capítulo que con estas líneas termina. Termina este capítulo no sin dejar algunas reflexiones que han hallado reflejo esbozando opciones sin soluciones.

Consejo de la Unión Europea, titulado: “Sociedad unipersonal privada de responsabilidad limitada: el Consejo acuerda una orientación general”; disponible en la siguiente URL: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2015/05/28/compet-single-member-private-companies/> (última consulta: 1 septiembre 2020).

191 El acompañamiento de una y otra guía legislativa (la del registro de empresas, ya aprobada; la de la entidad de responsabilidad limitada, proyectada) se deduce de las páginas 111 a 113 y la recomendación 57^o de la guía sobre el registro de empresas cuando establece que “*para facilitar la inscripción registral de las mipymes*” son necesarias “*formas jurídicas flexibles*”.

HACIA LA DIGITALIZACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN SOCIETARIA¹

La inscripción registral de empresas: elemento esencial de un entorno empresarial propicio.

Nota de la Secretaría de la CNUDMI: Las mejores prácticas de inscripción registral de empresas, 5 de septiembre de 2014, p. 4.

La moderna era de la digitalización y la glocalización trae consigo nuevas posibilidades y necesidades para las nuevas empresas, más cuánto más digitales y locales son. Facilitar esas posibilidades y cubrir esas necesidades han de ser objetivos principales de un eficiente ecosistema emprendedor de apoyo e impulso a quienes desean formalizar sus proyectos empresariales innovadores, sociales o inclusivos para generar riqueza y empleo. Un óptimo ecosistema de favorecimiento del emprendimiento ha de centrar su atención en aquellas empresas y sectores de mayor innovación digital o digital-social en esta era tecnológica.

El emprendimiento innovador ha de ser apoyado y acompañado para conseguir su expansión en los mercados nacionales e internacionales. Los esfuerzos para el acompañamiento del emprendimiento innovador de alto potencial de crecimiento podrían pasar por el diseño de una sociedad (¿o “entidad”?) con personalidad jurídica, con responsabilidad limitada y con configuración y funcionamiento simplificado. Una vez diseñada con simplicidad y flexibilidad, habrían de dirigirse los esfuerzos hacia el proceso de formalización empresarial; a fin de implementar una tramitación societaria fácil, rápida y barata y, para ello, en todas sus fases telemática.

1 Este capítulo parte de las reflexiones que la autora ha ido vertiendo, desde distintas perspectivas, en dos capítulos de libro y un artículo científico publicados antes (los capítulos) y después (el artículo) de la Directiva de 2019 para la digitalización de la constitución de las sociedades. Así, GARCÍA MANDALONIZ, M.: “Hacia un sistema único...”, op. cit., pp. 857-895; “Fomentando la formalización del emprendimiento...”, op. cit., pp. 131-173; “Desde la digitalización hacia la *blockchainización* de la constitución de la sociedad de capital: una revisión de la legislación pendiente de abordar”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, nº 26, 2020, 6 pp.

En esos esfuerzos han de estar presentes los regulatorios. Los bríos han de ir encaminados hacia una legislación más simple y menos costosa y, por ende, más inteligente para el registro empresarial, con el mínimo de costes en la matrícula mercantil y con la máxima reducción de los procedimientos y los plazos. Esa minimización de costes, procedimientos y plazos ha de alcanzarse a través de una plataforma accesible en cualquier momento y desde cualquier lugar, sin intermediación de trámites presenciales. La velocidad y la facilidad de la inscripción registral para la constitución de una sociedad mercantil simplificada son las claves puestas al servicio de la formalización del emprendimiento, en especial, del innovador, también del innovador social.

1. Con una tramitación electrónica

Con el ánimo de alcanzar la facilidad, el abaratamiento y la simplicidad, hacia un sistema de registro *on-line* se encamina la guía legislativa aprobada en 2019 por la CNUDMI sobre los principios fundamentales de un registro de empresas. Esta otra guía –acompañante inseparable de la anterior guía (en proyecto)– propone un itinerario para transitar desde un sistema registral en papel hacia uno mixto: en papel y en línea. Pero, siendo consciente de que un sistema mixto conlleva un alto coste², plantea luego discurrir desde el mixto hasta uno electrónico. La reducción del coste y la ampliación de la eficiencia se alcanzarían a través del empleo de la electrónica, aunque durante el período de transición desde un sistema mixto hasta uno por completo digital habría costes a no menospreciar. Con todo, anima a configurar gradualmente un sistema de inscripción registral empresarial totalmente electrónico.

El objetivo final de este tránsito gradual³ es la promoción de la inscripción registral de las mipyme⁴ para su operativa en el “sector formal de la econo-

2 Para la CNUDMI una cuestión importante a decidir si se opta por un sistema de inscripción registral mixto (en papel y en línea) son los altos costes acarreados frente a un sistema único de inscripción electrónica. Véase la página 3 de la versión final de la guía legislativa. Antes, también la Nota de la Secretaría de la CNUDMI sobre los principios fundamentales de un registro de empresas de 5 de agosto de 2015, pp. 22-23 o, en el mismo sentido, su Nota de 10 de agosto de 2015, p. 9.

3 El “*enfoque gradual respecto de la implementación de un registro electrónico*” para “*lugares donde el acceso digital no está muy extendido*” se plasmó en el apartado C, párrafos 72 y siguientes (pp. 27 y ss.) del Anexo del proyecto de guía en su versión de 10 de abril de 2018. También luego en la página 3 de la versión definitiva de esta guía.

4 En el apartado A, “Finalidad de la presente guía”, de la introducción del Anexo del proyecto de guía, párrafo octavo, p. 6.

mía”, esto es, en el “contexto del régimen legal y reglamentario” determinado por un Estado para regir la actividad empresarial⁵. Las razones esgrimidas por la CNUDMI para el establecimiento y el funcionamiento de un sistema registral empresarial electrónico entroncan con la integridad de los datos, la seguridad de la información, la transparencia del sistema, la verificación del cumplimiento de los requisitos legales por parte de las empresas y la evitación de almacenamiento en el registro mercantil de información innecesaria o redundante⁶.

La reducción del tiempo y el acceso en tiempo real, la transparencia de la información, la simplificación del proceso, la mejor disponibilidad del servicio, la facilidad de uso de una interfaz única, la precisión de los datos y la disminución del costo habían sido también motivaciones destacadas en la postura favorable hacia un registro empresarial *on-line* que adoptara una década atrás, en junio de 2007, el Banco Mundial en el documento de recomendaciones basadas en las “*good practices for electronic business registries*”⁷.

Por un “procedimiento de registro que pueda ser cumplimentado electrónicamente a distancia en su totalidad, sin que se requiera la presencia física del fundador ante las autoridades del Estado miembro del registro”, salvo sospecha de fraude en la identidad, también se decantó⁸, en Europa, la propuesta (abandonada) de Directiva europea de la sociedad unipersonal privada de responsabilidad limitada (SUP), de 9 de abril de 2014⁹; enmendada

5 En la definición que proporcionara esta guía en la versión de 2018, en la página 9. En la versión definitiva, de abril de 2019, se alude al sector formal en el apartado A, página 2, así como en la recomendación primera (página 12).

6 Página 27 de la versión de 17 de julio de 2017 del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre los principios fundamentales de un registro de empresas. Igualmente, en el proyecto revisado de guía legislativa fechado el 2 de enero de 2018 (A/CN.9/W.G.I/W.P.109), pp. 15 y siguientes; o en el párrafo 64, p. 25, de la guía en su versión de 10 de abril de 2018.

7 La referencia es: LEWIN, A. (et al.): *Implementing electronic business registry (e-BR) services. Recommendations for policy makers based on the experience of EU accession countries*, The World Bank, June 2007, pp. 17-19.

8 En las palabras que respecto del capítulo 4 se emplearon en su Exposición de Motivos, en relación con el artículo 14.3

9 A su través se pretendía la derogación, a los veinticuatro meses desde su fecha de adopción, de la codificada Directiva 2009/102/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, en materia de derecho de sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único (DO L 258, 1 octubre 2009), en los términos que dispuso el apartado 1 del artículo 29 de esta propuesta (luego paralizada).

por el texto transaccional del Consejo de Competitividad de 28 y 29 de mayo de 2015¹⁰. Pese a la decisión de retirada completa de esta propuesta enmendada, la previsión del registro empresarial a distancia y en línea en su totalidad subsistiría con su incorporación a la Directiva de digitalización a la que pronto se aludirá y en detalle se examinará.

Con ese antecedente, por la inscripción registral completamente en línea se decantaría en la Unión Europea el Grupo Informal de Expertos en Derecho de Sociedades (GIEDS o ICLEG, en acrónimos en lengua española o inglesa)¹¹ en un informe sobre la digitalización del derecho de sociedades, fechado en marzo de 2016. Su marco general predecesor había sido la conferencia de 2015 sobre el derecho de sociedades en la era digital y su marco sucesor sería el programa de trabajo de la Comisión europea para 2017¹². En él se anunció una iniciativa de derecho de sociedades facilitadora del uso de las tecnologías digitales desde el momento de la constitución y durante el ciclo de vida empresarial.

Esa iniciativa anunciada desembocaría en la propuesta de Directiva, de 25 de abril de 2018, con la que se planteaba modificar la Directiva (UE) 2017/1132¹³. Aquella propuesta se integró dentro del denominado “*company law package*”¹⁴. La propuesta desembocaría un año más tarde en la aprobación y publicación de la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019¹⁵, en lo que respecta a la utilización de

Su artículo 14, en el apartado tercero, fue el que incorporó la idea de la tramitación de la SUP íntegramente *on-line*, sin compareencias físicas ni ante el notario ni ante ninguna otra autoridad.

10 Sesión del Consejo de Competitividad de 28 de mayo de 2015. Comunicado de prensa 377/15, 28 mayo 2015. Referencia en nota a pie de página número 186 del capítulo III del presente libro.

11 El *Informal Company Law Expert Group* (ICLEG) se registró el 26 de mayo de 2014 para trabajar en iniciativas sobre el derecho de sociedades en Europa. En el marco jurídico que, a estos efectos, importa fue asesor de la Comisión europea hasta 2017.

12 COM (2016) 710 final, 25 octubre 2016, 6 páginas. Anexo de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. Programa de trabajo de la Comisión para 2017: “Realizar una Europa que proteja, capacite y vele por la seguridad” (SWD (2016) 400 final).

13 COM (2018) 239 final; 2018/0133 (COD). SWD (2018) 141 final; SWD (2018) 142 final.

14 https://ec.europa.eu/info/publications/company-law-package_en (última consulta: 1 septiembre 2020).

15 DO L 186, 11 julio 2019. A través de esta Directiva de 2019 se modifica la Directiva

herramientas y procesos digitales en el ámbito del derecho de sociedades; más conocida en términos más abreviados como “Directiva de digitalización”¹⁶.

Para evitar cargas y costes innecesarios a los emprendedores, la pérdida de oportunidades de negocio por la dilatación en la inscripción registral o, incluso, la decisión de no creación de una empresa por temor a la “burocracia” registral¹⁷, esta Directiva de digitalización apuesta por un registro “íntegramente en línea” para “el funcionamiento eficaz, la modernización y la racionalización administrativa”¹⁸. Porque “el tiempo es oro”, porque el tiempo es un coste adicional que no ha de menospreciarse y ha de valorarse, se considera trascendental la completa digitalización del proceso de constitución de una sociedad mercantil de capital hasta la adquisición de la personalidad jurídica sin la presencia física del solicitante ante ninguna autoridad competente del Estado miembro¹⁹. Para no considerarlo una pérdida de tiempo, el tiempo máximo que fija el artículo 13 *octies* de la Directiva de 2017, modificada por la de 2019, es de cinco días laborales para completar el proceso electrónico, si lo socios fundadores son personas físicas y utilizan los modelos orientativos de estatutos para la constitución en línea de las sociedades²⁰; o del doble de días, en los demás casos.

El planteamiento que hace esta Directiva de digitalización acerca de un sistema electrónico de constitución de sociedades mercantiles y, en específico, de sociedades de responsabilidad limitada está en consonancia con el principio fundamental de “versión digital por defecto”, promovido por el plan de acción sobre la Administración electrónica 2016-2020²¹. Anunciado en la estrategia para el mercado único digital, este principio se traduce en prestar los servicios públicos en forma digital, como opción preferida, “a través de un

(UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, “en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del derecho de sociedades” (DOUE L 169, 30 junio 2017).

16 Así, en: FUENTES NAHARRO, M.: “La digitalización del derecho de sociedades...”, op. cit.

17 Página 4 de la propuesta de Directiva.

18 Considerando 2º de la Directiva (UE) 2019/1151, en conexión con los artículos 13 bis, 4º y 13 *octies*, 1º.

19 Páginas 4 y 5 de la propuesta de Directiva.

20 A los que se refiere el artículo 13 *nonies* de la versión modificada de la Directiva (UE) 2017/1132.

21 COM (2016) 179 final, 19 abril 2016; acompañado de la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de mayo de 2017, sobre la Administración electrónica de la Unión Europea 2016-2020 (2016/2273 [INI]).

único punto de contacto o ventanilla única y a través de diferentes canales”²² (“*one-stop shop*”). Para llevar a cabo el “principio de solo una vez”²³, es decir, la presentación de documentación “solo una vez” “a través de un único punto de contacto”, hay que tener presente el sistema de interconexión de los registros mercantiles de los Estados miembros que prevé la Directiva 2012/17 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2012²⁴.

La previsión es mediante la creación de una plataforma central de interconexión (“*european central platform*”), a fin de facilitar la comunicación entre los registros con un punto de vía de acceso por medio del *european e-justice portal*. Con este *background* que ha derivado, desde el 8 de junio de 2017, en el “*Business Registers Interconnection System*” (BRIS o, en español, SIRM)²⁵ se posibilita el acceso a la información sobre las sociedades registradas mediante la comunicación electrónica de los registros mercantiles, con aumento de la transparencia, la fiabilidad y la seguridad y, a la vez, con reducción de la carga que las empresas al inicio han de soportar²⁶. La cooperación entre los sistemas registrales de diferentes jurisdicciones nacionales europeas enlaza con la búsqueda de la eficiencia de unos sistemas internos de inscripción registral que se alienta que sean por completo electrónicos. El hallazgo de la eficiencia, consiguiendo una real interconexión registral, llegaría si hubiera un registro mercantil unificado, como plantea el notario ÁLVAREZ ROYO-VILLANUEVA, quien fue consciente de que, para ello, se precisaría un estado de integración más avanzado (y no alcanzado) en Europa²⁷.

22 En la página 4 del plan de acción. De manera análoga, también en la Recomendación 8ª del informe de ICLEG sobre el “uso de herramientas y procesos digitales en el derecho de sociedades”.

23 Al que se refiere el Considerando 27º de la Directiva de digitalización.

24 Directiva 2012/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2012, por la que se modifican la Directiva 89/666/CEE del Consejo y las Directivas 2005/56/CE y 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la interconexión de los registros centrales, mercantiles y de sociedades (DO L 156 de 16.6.2012).

25 Artículo 16 de la Directiva 2017/1132. Para más información en torno al BRIS, puede consultarse la siguiente página *web*: <https://ec.europa.eu/cefdigital/wiki/display/CEFDIGITAL/2017/09/19/Business+Register+Interconnection+System> (última consulta: 1 septiembre 2020).

26 Acción nº 9 del plan de acción sobre Administración electrónica y Directiva 2012/17/UE (COM (2015) 192 final).

27 Vid. ÁLVAREZ ROYO-VILLANUEVA, S.: “Proposal regarding the use of digital tools and processes in company law: the practitioner’s perspective”, *European Company and Financial Law Review (ECFLR)*, vol. 16, issue 1-2, 2019, p. 189.

2. Con una tramitación electrónica y eficiente

La cooperación para la eficiencia también es un objetivo planteado en la anunciada guía legislativa de la CNUDMI sobre los principios fundamentales de un registro de empresas²⁸. El sistema de inscripción registral empresarial no solo ha de ser electrónico sino eficiente. Esta guía legislativa respalda la transición desde un sistema mixto (*off-line* y *on-line*) de inscripción hacia uno puramente digital y, una vez digital, lo encamina hacia la eficiencia. La tendencia marcada se dirige hacia un sistema de inscripción completamente electrónico basado en la eficiencia para una ágil formalización del emprendimiento (también y, sobre todo, innovador) en la presente era de la conexión²⁹.

La eficiencia habría de regirse por los siguientes cuatro principios fundamentales³⁰: el primero, un trámite de inscripción sencillo, rápido, económico, fácil de aplicar y accesible al público; el segundo, un procedimiento de inscripción adecuado a las mipymes; el tercero, una información registrada de las entidades mercantiles fácil de consultar y extraer; y, el cuarto y último, una información registrada fiable, actualizada e inalterada, con verificaciones y actualizaciones periódicas. En suma, se aglutinan la simplificación, la rapidez, la economicidad y la facilidad con la actualización y la fiabilidad³¹.

Bajo estos principios las ventajas son, de un lado, la reducción del tiempo y de los gastos y, de otro, la disminución de la posibilidad de fraude y del riesgo de que el registro mercantil incurra en responsabilidad, debido a la disminución de la probabilidad de cometer errores en el ingreso de los datos correspondientes a la inscripción o a la búsqueda de la información³². Con ello, se

28 Así, en su versión de 17 de julio de 2017, pp. 4-5.

29 Como tuvimos ocasión de remarcar en estos dos capítulos de libro: GARCÍA MANDALONIZ, M.: “Hacia un sistema único...”, op. cit., pp. 857-895; GARCÍA MANDALONIZ, M.: “Fomentando la formalización del emprendimiento...”, op. cit., pp. 131-173.

30 Así se desprende de la recomendación cuarta de la guía legislativa, sobre las “características fundamentales de un registro de empresas” (página 17). Anteriormente, se indicaron en la Nota de la Secretaría de la CNUDMI de 5 de agosto de 2015 (A/CN.9/WG.I/WP.93) y, en especial, en las páginas 7 y 8; así como en otras posteriores, como la Nota de 2 de enero de 2018 (A/CN.9/W.G.I/WP.109), en sus páginas 15 y siguientes.

31 La versión de 17 de julio de 2017 del proyecto de guía legislativa marcó (en la p. 9) como objetivo “*simplificar los trámites registrales y lograr que sean rápidos, económicos y fáciles de utilizar para los usuarios*”, así como la fiabilidad que derive en un sistema “*digno de confianza*” (p. 14).

32 A/CN.9/WG.I/WP.93, p. 20. Después, A/CN.9/940, párrafo 65.

facilita el acceso de los usuarios al servicio registral de manera prolongada, más allá del horario de atención al público de las oficinas presenciales, y se suministra mejor respuesta a las solicitudes de información que los terceros realicen sobre las inscripciones empresariales³³.

2.1. Con acceso electrónico directo

Bajo los transcritos principios fundamentales que rigen la eficiencia, la reseñada guía legislativa invita a los Estados a que prevean un sistema de inscripción registral de acceso electrónico directo por parte del usuario. El acceso electrónico directo aumenta la eficiencia del proceso, en tanto incrementa las posibilidades de acceder al registro y, a la vez, reduce los costos de funcionamiento y de mantenimiento del sistema de inscripción registral³⁴.

En los términos vistos de eficiencia previstos por esta guía legislativa³⁵, con un número mínimo de trámites, con unos plazos breves y precisos y a un bajo costo, el enfoque estaría centrado en el usuario³⁶, quien tendría escasa o nula interacción con las autoridades competentes del registro. Bajo el principio de “acceso electrónico directo”³⁷, el diseño de un sistema registral electrónico y eficiente permitiría a quienes estuvieran interesados en emprender el envío de solicitudes desde cualquier dispositivo electrónico; también desde los dispositivos móviles, como también desde las computadoras de uso privado o público instaladas en las oficinas de los registros territoriales “o en otros lugares”, según indicación de la CNUDMI en esta guía legislativa³⁸. Insisti-

33 *Ibidem*.

34 En palabras redactadas en la página 69 de la Nota de la Secretaría de la CNUDMI, de 17 de julio de 2017, titulada: “Reducción de los obstáculos jurídicos que afectan a las microempresas y pequeñas y medianas empresas” (correspondiente al 29º Período de sesiones del grupo de trabajo I).

35 Página 19 de la Nota de la Secretaría de la CNUDMI de 17 de julio de 2017.

36 “Enfoque centrado en el usuario” para la eficiencia, “en función de los costos, rapidez y desempeño de los proveedores de servicios”, según el párrafo 9º de la introducción del proyecto de guía legislativa en su versión de 10 de abril de 2018, página 7.

37 Páginas 84 y siguientes, correspondientes a los párrafos 186 y siguientes, del texto definitivo de la guía legislativa y recomendaciones 37º y 38º.

38 Conforme al párrafo 186, página 85, y la recomendación 37 de la guía legislativa, en coordinación con el párrafo 189 donde se enfatiza que debería haber a disposición de los usuarios múltiples puntos o medios de acceso. Previamente, tanto en la Nota de la Secretaría de la CNUDMI de 5 de agosto de 2015, páginas 20 y siguientes, como en

mos en que habría de ser posible desde cualquier dispositivo móvil, con un “*clic*” (aunque no con un solo *clic*)³⁹ desde la tablet o el teléfono móvil.

“El acceso electrónico [directo] debería estar disponible de manera continua, con breves interrupciones para llevar a cabo las labores de mantenimiento previstas”⁴⁰, o por suspensiones debidas a causas de fuerza mayor⁴¹. De esas interrupciones o suspensiones debería darse aviso para lograr la máxima transparencia en el funcionamiento de este sistema electrónico de disponibilidad continuada⁴². El aviso con antelación de los períodos previstos de inactividad, el período máximo de suspensión del acceso registral y las disposiciones sobre la corrección de errores serían las “normas de servicio” que los registros mercantiles nacionales debieran establecer para alcanzar un funcionamiento transparente y fiable del sistema de inscripción, en recomendación de la CNUDMI⁴³.

2.2. Con cualquier tecnología

Aparte de garantizar la disponibilidad continuada, cabría reflexionar – como reflexiona la CNUDMI⁴⁴– sobre la posibilidad de que la inscripción registral fuese apta para el emprendedor mediante cualquier tecnología. No recomienda el empleo de una tecnología en particular⁴⁵. Podría ser válida tanto cualquier tecnología actual como cualquier otra tecnología incipiente⁴⁶.

la de 17 de julio de 2017, p. 68, o en la de 10 de abril de 2018, página 61 (párrafos 185 y siguientes).

39 ÁLVAREZ ROYO VILLANOVA, S.: “Proposal regarding...”, op. cit., p. 156, indicaría que la idea de “*one-click company*” es atractiva, pero no realista.

40 Léase la Nota de la Secretaría de la CNUDMI de 7 de agosto de 2015 (A/CN.9/WG.I/WP.93/Add.1), p. 19. También la literalidad de la Nota de la Secretaría de la CNUDMI sobre los principios fundamentales de la inscripción registral de las empresas de 7 de agosto de 2015 o la versión de 10 de abril de 2018, párrafo 164, p. 55 y Recomendación n° 32.

41 En el añadido de la Nota de 17 de julio de 2017, p. 67.

42 *Ibidem*, p. 19.

43 En la Recomendación séptima, en relación con el párrafo 45 de la página 18, de la Nota de la Secretaría de la CNUDMI de 10 de abril de 2018.

44 Nota de la Secretaría de la CNUDMI de 5 de agosto de 2015 (A/CN.9/WG.I/WP.93), página 21.

45 Según el párrafo octavo de la introducción (apartado A: “Finalidad de la presente guía”), página 3.

46 En la página 3, párrafo octavo, de la guía legislativa; como previamente en las páginas 6 y 7 de la Nota de la Secretaría de la CNUDMI de 10 de abril de 2018.

El tan universalizado acceso a los servicios de telefonía móvil permitiría, por ejemplo, una cómoda y rápida inscripción registral de la sociedad. Más allá del uso de la tecnología móvil, cabría deliberar –como delibera la CNUDMI⁴⁷– sobre la viabilidad de sustituir los programas informáticos tradicionalmente utilizados por aplicaciones tecnológicas más complejas y novedosas, como la computación en la nube. La informática en la nube reduciría los recursos necesarios para hacer funcionar un registro electrónico eficiente, toda vez que no habría que mantener una infraestructura tecnológica propia. No obstante, advierte que la nube peca de inseguridad. Una sosegada deliberación habría de sopesar las ventajas, de minoración de los recursos económicos, y las desventajas, por los riesgos a cubrir por una incompleta seguridad de los datos almacenados en la nube⁴⁸.

El constante adelanto tecnológico acaso pudiera deparar el uso de las cadenas de bloques o, en su más conocido término en idioma inglés, *blockchain*⁴⁹. Bien que aparecida esta *distributed ledger technology* (DLT) para el *bitcoin*, la expansión de su aplicación a terrenos distintos a esta criptomoneda o a otras como *Ethereum* no ha parado de crecer a un ritmo acelerado. Sin un registro centralizado, la potencialidad de esta tecnología se antoja inmensa⁵⁰

47 En el párrafo 69, página 33, de la guía legislativa.

48 Como se lee en el párrafo 69, página 33 de la guía. En la Nota de la Secretaría de la CNUDMI de 5 de agosto de 2015, página 21, se citó como análisis de los riesgos que conlleva el uso de la computación en la nube el siguiente estudio: INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION: *Task manager's ICT toolkit for designing and implementing online registry applications*, IFC, Mars 3, 2015, página 28. Sobre los convenientes e inconvenientes de la nube a este respecto, léase, asimismo, la Nota de la Secretaría de la CNUDMI de 17 de julio de 2017, página 29.

49 Recientes monografías redactadas o traducidas al castellano que ofrecen una visión amplia sobre los aspectos técnicos y prácticos de *blockchain* son: GONZÁLEZ-MENESES ROBLES, M.: *Entender blockchain: una introducción a la tecnología de registro distribuido*, Aranzadi, junio 2017; PREUKSCHAT, A. (coord.): *Blockchain: la revolución industrial de Internet*, Ediciones Gestión 2000, 2017; PREUKSCHAT, A. (coord.): *Comunidad blockchain. El futuro de la criptoconomía descentralizada y las ICO's*, Íñigo Mole-ro editor, 2018; TAPSCOTT, D.: *La revolución blockchain. Descubre cómo esta nueva tecnología transformará la Economía global*, Deusto, febrero 2017. Desde una perspectiva estrictamente jurídica, destacan estas dos obras: IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W.: *Blockchain: primeras cuestiones en el ordenamiento español*, Madrid: Dykinson, 2018, 192 pp.; IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W.: *Derecho de Blockchain y de la tecnología de registros distribuidos*, Navarra: Thomson-Reuters Aranzadi, 2018, 503 pp.

50 GARCÍA, E.: “Blockchain. ¿De verdad es importante?”, *Clifford Chance Advisor*, nº 7, 2017, p. 9, reconoció “su valor presente y su tremendo potencial futuro”.

por su capacidad de extenderse y modularse a ámbitos muy dispares del original de la banca descentralizada. En la presente era de la descentralización, un método electrónico de registro de transacciones y de datos caracterizado originariamente por esa ausencia de centralización, como es esta tecnología *blockchain*, resulta aplicable a contornos externos al campo financiero en el que surgió en 2009. *Blockchain* no es solo una cuestión técnica sino jurídica. En las anchuras del terreno legal pudiera adentrarse en el campo del registro empresarial.

En los debates del grupo de trabajo I de la CNUDMI en torno a la citada guía legislativa sobre los principios fundamentales de un registro de empresas se preguntó por la viabilidad de las cadenas de bloque en este específico entorno registral. Como respuesta a esta cuestión se consideró necesario en un primer momento seguir investigando, a partir de las conclusiones que pudieran extraerse de las ponencias y los documentos de trabajo sobre las nuevas tecnologías presentadas al congreso conmemorativo del 50º aniversario de la CNUDMI, celebrado en Viena del 4 al 6 de julio de 2017. Tras las conclusiones extraídas de ese congreso, aquel grupo de trabajo solicitó a la Secretaría de la CNUDMI incluir, en la versión de 2 de enero de 2018 del proyecto revisado de esta guía legislativa, la referencia expresa a las “tecnologías incipientes, como la de los registros descentralizados, que los Estados puedan estimar conveniente adoptar cuando reformen sus sistemas de inscripción registral de empresas”. Así quedaría reflejado en la versión posterior de la propuesta de guía, de 10 de abril de 2018⁵¹, y en la versión definitiva, de abril de 2019⁵².

Aunque no se expuso que Estonia, país digital por excelencia, ya lo empleaba a este respecto, sí se indicó por el grupo de trabajo I que el Estado de Kuwait estaba planteando la posibilidad de usar esta tecnología distribuida para estos fines. También Dubái había identificado la *blockchain* para el registro de empresas como uno de sus proyectos piloto⁵³. Formando parte de la “*United Arab Emirates Blockchain Strategy 2021*”⁵⁴ –anunciada el 11

51 Páginas 6 y 7.

52 Párrafo octavo, correspondiente a la introducción, en la página 3.

53 En la referencia que a este proyecto piloto se hace en: FERNÁNDEZ HERGUETA, R.: “El sector público y el uso de la *blockchain*”, PREUKSCHAT, A. (coord.): *Blockchain: la revolución industrial de Internet*, Ediciones Gestión 2000, 2017, pp. 97-98.

54 Sobre la “*UAE Blockchain Strategy 2021*”, véase: <https://u.ae/en/about-the-uae/strategies-initiatives-and-awards/federal-governments-strategies-and-plans/emi-rates-blockchain-strategy-2021> Asimismo, <http://wam.ae/en/details/1395302681330> (última consulta: 1 septiembre 2020).

de abril de 2018, para el desarrollo de la “futura industria” sobre los pilares de una “legislación avanzada” y un “emprendimiento global”, la iniciativa de registro empresarial en *blockchain* fue presentada el 1 de mayo de 2018, tomando cuerpo a través del *Unified Commercial Registry* (UCR)⁵⁵. La plataforma unificada para el registro de empresas (UBRP)⁵⁶ –desarrollada bajo la tecnología DLT– permite registrar y almacenar los datos de las empresas que van a operar en la jurisdicción de Dubái y gestionar el registro de las modificaciones estatutarias y la concesión de licencias corporativas con confianza, rapidez y seguridad⁵⁷.

2.3. ¿Con o sin intermediación notarial?

Ante la posibilidad que plantea el grupo de trabajo I de la CNUDMI de que los Estados utilicen para el registro de empresas las tecnologías emergentes (como esta de la cadena de bloques) y ante las experiencias nacionales citadas, cabría preguntar si el registro empresarial podría hacerse, en tal caso, sin intermediación notarial o convendría o, en su caso, debería seguir haciéndose (en países, como el nuestro, de consolidada tradición notarial) con tal intervención para la obtención, mediante la fe pública, de la seguridad jurídica.

Para contestar a esta cuestión hay que precisar y recalcar que, con independencia de la tecnología (móvil, de computación en la nube, de cadena de bloques o cualquier otra futura) a emplear en la inscripción registral, el grupo de trabajo I de la CNUDMI⁵⁸ invita a que los Estados prevean un sistema de inscripción con acceso electrónico directo del usuario para facilitar la máxima rapidez en la formalización del emprendimiento. Pero, en este acceso directo, abre la posibilidad de que intermediarios, como los notarios, realicen las inscripciones en nombre de sus clientes cuando la legislación de un país exija su intermediación⁵⁹.

55 Recogida esta información de la siguiente nota: “Dubái presenta un registro empresarial basado en la tecnología *blockchain*”, *Criptomonedastop.com*, 3 mayo 2018; disponible en: <https://criptomonedastop.com/dubai-presenta-registro-empresarial-basado-la-tecnologia-blockchain/> (última consulta: 1 septiembre 2020).

56 <https://www.antilavadodenedinero.com/dubai-da-a-conocer-registro-de-empre-sas-basado-en-blockchain/> (última consulta: 1 septiembre 2020).

57 <https://criptomonedastop.com/dubai-presenta-registro-empresarial-basado-la-tecnologia-blockchain/>. (última consulta: 1 septiembre 2020).

58 Antes en: A/CN.9/WG.I/WP.93, p. 21.

59 A los sistemas de verificación *ex ante* o sistemas aprobación con “intermediarios

También la Directiva europea de 20 de junio de 2019 respeta las tradiciones jurídicas nacionales de la participación de “cualquier persona u organismo habilitado en virtud del Derecho nacional”⁶⁰ y, en concreto, del notario⁶¹ en el procedimiento de registro empresarial⁶². Habiendo sido el planteamiento del registro *online* de la SUP sin la intervención del notario una cuestión muy debatida y controvertida, por afectar al tradicional sistema de control preventivo⁶³, la posibilidad de la previa comprobación de la identidad del socio fundador por parte del notario se conserva, sin controversias, en la nueva Directiva. Esa posibilidad de mantenimiento de la intervención notarial en un sistema por completo en línea se justifica, en el Considerando vigésimo de esta Directiva de digitalización, en “ofrecer garantías sobre la fiabilidad y la credibilidad de los documentos e información contenidos en los registros nacionales” para “combatir el fraude y el pirateo empresarial”.

La intermediación notarial no se exige en un buen número de países⁶⁴, pero conocido es que no se prescinde de su intermediación en España como tampoco en otros países regidos por el sistema de *Civil Law*⁶⁵. Aquí hay inscripción registral previa verificación notarial. La previa verificación notarial es presencial, hasta la fecha, hasta tanto no se transponga la nueva Directiva europea, al menos, para la sociedad limitada. La previa verificación notarial será a distancia, salvo excepción, cuando se trasponga la Directiva.

Los notarios cumplen un papel de verificación que se plasma en las firmas y

como los notarios y abogados”, se refiere la CNUDMI en el párrafo 116 de la guía legislativa (página 53). A las ventajas e inconvenientes del sistema de aprobación *versus* el sistema declarativo, sigue aludiendo esta guía en el párrafo y las páginas siguientes.

60 Artículo 13.*quáter*.1º.

61 Según la referencia expresa de los artículos 13.*octies*.4º, 13 *nonies* y 13.*undecies*; en correspondencia con el Considerando vigésimo.

62 El artículo 13.*octies*.4º prevé la intervención notarial.

63 Vid. ESTEBAN VELASCO, G.: “La propuesta de Directiva...”, op. cit., quien añadiría que no solo fue controvertido por afectar a esta tradición, sino también por la pérdida de garantías en la comprobación de la identidad del fundador y en la detección del blanqueo de capitales.

64 Conforme se recuerda en la Nota de la Secretaría de la CNUDMI sobre las mejores prácticas de inscripción registral de empresas de 5 de septiembre de 2014, p. 14, Reino Unido e Irlanda son dos ejemplos de países que no requieren el documento público.

65 Vid. AA.VV.: “¿Existe una función notarial europea?”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 75, septiembre-octubre 2017, pp. 3-4; LUCINI MATEO, A.: “El traslado internacional del domicilio social dentro de la Unión Europea, a debate en el IV Congreso Notariado Europeo”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 75, septiembre-octubre 2017, p. 64.

en la certificación bancaria del depósito del capital social mínimo; si el capital fuera legalmente exigible⁶⁶, que no lo sería (amén de en una sociedad mercantil personalista) ni en la constitución de una sociedad limitada de formación sucesiva ni en la de una sociedad limitada si cada partícipe manifestara en la escritura pública hacerse responsable de haber efectuado la aportación⁶⁷.

Recuérdese que, conforme a la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo⁶⁸, los notarios son sujetos obligados⁶⁹. Por ende, en la formalización de cualquier documento notarial han de identificar al titular real y adoptar las medidas que sean adecuadas, a fin de comprobar su identidad con carácter previo a la ejecución de la operación, en este caso, de constitución societaria. A la identificación indubitada de quién está detrás de la persona jurídica creada o a crear hace referencia el concepto de “titularidad real” del artículo 4 de esta Ley 10/2010⁷⁰. La información de la identificación del titular real se acopia y se proporciona con la base de datos de titularidad real (BDTR), a cargo del notariado; recogida en el artículo 9.6 del Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de prevención del blanqueo de capitales⁷¹.

Los servicios notariales garantizan la legalidad y confieren seguridad jurídica, confianza y transparencia, además de merma de errores u omisiones⁷² y de usos fraudulentos. La seguridad jurídica es un valor fundamental de un Estado de Derecho que se ve garantizado y acrecentado gracias a la prestación de las funciones notariales. Al documento notarial se le conceden claros efectos legitimadores, ejecutivos y probatorios. Como contrapartida, la interven-

66 Como así se expresa en la página 14 de la Nota de la Secretaría de la CNUDMI sobre las mejores prácticas de la inscripción registral de empresas, de 5 de septiembre de 2014.

67 Como se recuerda en el resumen que para la constitución de una SRL contiene la *web* del Consejo General del Notariado: <http://www.notariado.org/liferay/web/notariado/la-sociedad-de-responsabilidad-limitada> (última consulta: 1 septiembre 2020). Artículos 4 bis, apartado 3º, y 62.2 LSC.

68 BOE nº 103, 29 abril 2010.

69 Conforme al artículo 2.1.n).

70 Como comienza recordando el siguiente trabajo: GALINDO GIL, P.: “¿Existe alternativa a la Base de Datos de Titularidad Real (BDTR) del Notariado?”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 77, enero-febrero 2018, p. 34.

71 BOE nº 110, 6 mayo 2014.

72 Como bien indicó la Nota de la Secretaría de la CNUDMI sobre los principios fundamentales de la inscripción registral de empresas de 7 de agosto de 2015 (p. 4).

ción del notario añade costes y alarga el tiempo sobre quien decide formalizar un proyecto empresarial⁷³.

Para achicar el montante económico de la formalización empresarial sin perder la seguridad que garantiza la intervención del fedatario público, puede establecerse –como se ha establecido⁷⁴– legalmente el monto máximo al que ascienden los derechos notariales en la constitución telemática de las sociedades que cumplan determinados requisitos de capital, de socios o de estructura del órgano de administración.

Más allá de la fijación legal de unos derechos notariales reducidos, el cuestionamiento de la intervención obligatoria del notario en el proceso que conduce hasta la inscripción registral ha sido objeto de dilatado debate en las labores preparatorias de cara a formular la guía legislativa sobre los principios fundamentales de un registro de empresas de la CNUDMI. Amén de aquella buena práctica de la minoración de los gastos notariales, se mencionaba bien la utilización opcional de los servicios notariales mediante el empleo de formularios tipo y de procedimientos de inscripción en línea o bien la eliminación de la intermediación notarial.

En efecto, la utilización opcional o, en su caso, la no utilización de los servicios notariales había sido aludida en la documentación preparatoria de esta guía legislativa. La alusión fue mediante la remisión a la recopilación de las mejores prácticas de inscripción registral de las empresas⁷⁵ de los países mejor situados en el *ranking* anual de la revista “*Doing Business*”. En él es

73 Los costes los cifra la CNUDMI (en la Nota de la Secretaría sobre las mejores prácticas de la inscripción registral de empresas, de 5 de septiembre de 2014) “entre el 80% y el 84% del total de los gastos de inscripción registral” en algunos países como México o Turquía.

74 En España, mediante el artículo 5 del Real Decreto-Ley 13/2010 (véase *infra* la nota a pie de página nº 171), se fijó para una SRL constituida por vía telemática con un capital social menor de treinta mil euros, sin socios personas jurídicas y sin consejo de administración un coste notarial de ciento cincuenta euros. Esta cantidad se reducía a sesenta euros si el capital social era menor de tres mil cien euros y se adaptaban los estatutos sociales al modelo de estatutos orientativos que desarrolló el citado Real Decreto-Ley. Los estatutos sociales tipo se actualizaron mediante el Real Decreto 421/2015, de 29 de mayo (véase *infra* la nota a pie de página nº 188), que dejó inalteradas aquellas cuantías máximas aplicables a los aranceles notariales.

75 Léase, para este particular, el apartado D (pp. 14-15) del epígrafe IV de la Nota de la Secretaría de la CNUDMI sobre las mejores prácticas de inscripción registral de empresas de 5 de septiembre de 2014.

sabido que se cataloga a los países por la facilidad en la apertura de un negocio, en función del número de procedimientos, del tiempo (en días) y del coste (en porcentaje de la renta *per cápita*). Pudiera objetarse y tildarse de “obsesión”⁷⁶ pretender la minoración de los plazos y los costes en la creación de una empresa con forma jurídico-societaria con base en esta clasificación estadística⁷⁷, pero de lo que no cabe duda es que “ningún Gobierno puede ya desatenderse de la reputación que confiere al *Doing Business* el patrocinio del Banco Mundial”⁷⁸. Porque no cabe duda de ello, lamentamos la continuada baja posición (en descenso) de España en este reconocido *ranking* internacional en la facilidad de crear una empresa, por el tiempo y, sobre todo, por el exceso de coste.

Amén de simple y breve, es conveniente que el procedimiento electrónico sea de nulo o bajo coste para el emprendedor. La minoración o, en su caso, la anulación del coste de creación de empresas favorece el desarrollo del entorno económico-empresarial⁷⁹. Conviene, por ello, que la creación de empresas mediante la constitución de sociedades sea posible sin el cobro de tasas o, si se cobran, con tasas “suficientemente bajas” como para alentar o, al menos, no desincentivar la inscripción registral empresarial, en la matización que

76 Como aludíamos en: GARCÍA MANDALONIZ, M.: “Hacia un sistema único...”, op. cit., en la nota a pie de página nº 130 y su correspondiente texto principal: “*puede existir “obsesión” (como obsesión seguimos teniendo) por agilizar al máximo la cumplimentación de los trámites de constitución de una sociedad sin olvidar (como seguimos sin olvidar) que las sociedades mercantiles pueden actuar en el tráfico mercantil cuando está pendiente su inscripción en el Registro Mercantil como sociedad en formación*”, bajo el régimen jurídico de los artículos 36 a 30 de la LSC. Aunque JORDÁ GARCÍA, R.: “Empresas de economía social y constitución telemática de sociedades”, en PARDO LÓPEZ, M.ª M.; GÓMEZ MANRESA, M. F. (dir./coord.): *Economía social y Derecho. Problemas jurídicos actuales de las empresas*, Comares, 1 marzo 2014, p. 121 y nota a pie número 4, indicara que “*existe obsesión por agilizar la cumplimentación [de los trámites notariales y registrales] olvidando, respecto a la agilización de la inscripción en el Registro Mercantil [...], que las sociedades mercantiles pueden funcionar, aunque esté pendiente el trámite de la inscripción en el Registro Mercantil*”.

77 *Ibidem*.

78 En la matización final literal que incluyera YANES, P.: “La sociedad limitada en la economía sostenible. Notas sobre una propuesta equivocada de un reformador impaciente”, *Cuadernos de Derecho y Comercio* nº 54, 2010, p. 32.

79 En términos similares, GARCÍA TABUENCA, A.; CRESPO ESPERT, J. L.: “El coste económico en la creación de sociedades”, en HIERRO ANIBARRO, S. (dir.): *Simplificar el derecho de sociedades*, Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 26.

introduce la guía legislativa de la CNUDMI⁸⁰ para fomentar la formalización empresarial. La generalización se convierte en especificación en el apartado segundo del artículo 13 *quinquies* de la Directiva de 2017, en la redacción de la Directiva de digitalización de 2019, en concordancia con su Considerando octavo: solo se permite el cobro del precio del coste de la prestación del correspondiente servicio administrativo.

Que el pago de los derechos notariales es uno de los principales elementos de la diferencia de los gastos de la inscripción registral empresarial entre los Estados miembros de la Unión Europea fue comprobado en el “*benchmarking the administration of business start-ups*”; publicado por la Dirección General de Empresa de la Comisión Europea, en enero de 2002⁸¹. Esta comprobación contribuye a la tendencia hacia la opcionalidad o, incluso, hacia la eliminación de la función notarial. Contribuye, cuando menos, a un debate que ponga sobre la mesa los convenientes e inconvenientes de la elección entre un sistema de verificación *ex ante* y otro *ex post*.

El “sistema de aprobación” o de verificación anterior a la inscripción otorga seguridad jurídica garantizando la fiabilidad y la autenticidad de la titularidad y de la información que sobre la sociedad mercantil a registrar van a tener a disposición los terceros que interactúen en el mercado. Este sistema previo de aprobación favorece, en definitiva, la prevención de los delitos y las controversias en interés de los terceros y del propio Estado. La actuación del notario no se limita, además, a confirmar la identidad sino a garantizar la legalidad del acto⁸².

Pero, también el sistema sin autorización previa o “sistema declarativo”, si pretende ser eficiente, ha de saber garantizar la presentación al registro de información exacta sobre la identidad del solicitante y la transacción a realizar⁸³. En un sistema declarativo –que conlleva simplificación y acelera-

80 Los párrafos 197 y siguientes (en pp. 65 y siguientes), correspondientes al apartado VII de la Nota de la Secretaría de la CNUDMI de 10 de abril de 2018, están dedicados a las tasas en el sentido indicado en el texto principal.

81 Vid. JORDÁ GARCÍA, R.: “Empresas de economía social...”, op. cit., p. 14. Además, vid. EUROPEAN COMMISSION ENTERPRISE DIRECTORATE GENERAL: *Benchmarking the administration of business start-ups*, Centre for Strategy & Evaluation Services, January 2002, p. 10.

82 Vid. AA.VV., “¿Existe una función notarial...?”, op. cit., pp. 4-5.

83 Al respecto, léase la nota a pie de página nº 26 (p. 7) de la Nota de la Secretaría de la CNUDMI sobre las mejores prácticas de inscripción registral de empresas de 5 de septiembre de 2014.

ción para la formalización– las disposiciones legales han de ser capaces de garantizar la autenticidad de la identidad del socio fundador y del titular real, si uno y otro no fuesen la misma persona. La transparencia del “beneficiario final de una empresa” contribuye “a prevenir el uso indebido de los mecanismos societarios [...] con fines ilícitos”, en las palabras de la CNUDMI⁸⁴; quien acentúa el carácter indispensable de una información de calidad, fiable y actualizada durante todo el ciclo de vida empresarial para fomentar la confianza de los usuarios en los servicios registrales⁸⁵.

Una vez que pudiera quedar garantizada la plena confianza y la seguridad en ambos modelos, anterior y posterior, el debate estaría servido. Si en tal debate tuviéramos que decantarnos, nos inclinaríamos, *ab initio*, por el sistema declarativo en pro de la facilidad y agilidad de la tramitación y de la minoración del coste del sistema de inscripción⁸⁶. Seríamos proclives al acortamiento de trámites y montos para la (ciber)constitución de una sociedad (simplificada y digitalizada) por parte de un (ciber)emprendedor que requiere celeridad de actuación en la era digital.

En esta inicial inclinación nos convence, además, la argumentación del profesor ALFARO⁸⁷ cuando apuesta por que no haya un control preventivo de la legalidad si se prevé (y se prevé) “un régimen protector de los terceros”: el de la sociedad en formación y la sociedad devenida irregular. En él sabido es que se contempla un régimen de responsabilidad, en los términos de los artículos de los artículos 36 a 40 de la LSC, de quienes actúan en nombre de una sociedad que aún no ha sido inscrita en el registro mercantil provincial. No obstante, maticemos que con una tramitación por completo *on-line* esta protección se desvanecerá tanto más cuanto menor sea el tiempo que transcurra hasta la inscripción registral. Si se acorta el tiempo de la tramitación, por ser en línea, menor probabilidad habrá de regir el régimen jurídico de la sociedad en formación o irregular.

Pero, sin una previa verificación mediante la intervención notarial pudieran seguir quedando sospechas de incapacidad o de falsa identidad del usua-

84 Reflejadas en la Nota de la Secretaría de la CNUDMI sobre las mejores prácticas de inscripción registral de empresas de 7 de agosto de 2015, pp. 6-7.

85 *Ibidem*, p. 9.

86 Las ventajas de la facilidad de gestión y los menores costos del sistema declarativo en el que “*no se exige una autorización previa para que una empresa pueda comenzar a funcionar*” quedaron expresamente reflejadas en la Nota de la Secretaría de la CNUDMI de 17 de julio de 2017, pp. 44-45.

87 Léase ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “¿Una revolución...?”, *op. cit.*

rio⁸⁸. Por ello y más que por ello, por la función de la legalización del acto y por la mejor prevención de los litigios y la detección de los riesgos (de blanqueo de capitales), nuestra inclinación, *in fine*, tiende hacia el mantenimiento de la función notarial de tipo latino-germánico en la que el notario despliega una función de garante de la legalidad y de la seguridad jurídica⁸⁹ preventiva, bien que no de forma presencial, sino a distancia. Siendo a distancia, los costes y tiempos se minoran, aunque no se anulan.

Durante la tramitación electrónica de la constitución de una sociedad mercantil de capital (en concreto, de una sociedad limitada) la intervención del notario no podrá ser (como es en la actualidad) por medios presenciales sino virtuales⁹⁰. Como regla general, la actuación notarial será sin requerir presencias físicas, como requiere la Directiva de digitalización. Aun sin presencias, mediante la máxima imbricación del notario con las modernas tecnologías, se preservaría la fe pública notarial⁹¹ y se aseguraría la capacidad de obrar y la verdadera identidad del o de los firmantes mediante sistemas de identificación electrónica.

2.4. ¿Con *blockchain* sin intermediación notarial?

Antes de describir los sistemas de identificación electrónica y los requisitos que han de cumplir, quisiéramos plantear aquí si el empleo de los modernos medios técnicos por parte del Notariado podría, incluso, abarcar aquéllos de los que hablábamos antes relativos a las cadenas de bloques. A ellos, para estos fines, se refiere –se recalca– expresamente el proyecto revisado de la citada guía legislativa de la CNUDMI, desde su versión de 2 de enero de 2018. Un sistema de inscripción de empresas basado en la tecnología *blockchain*

88 “Siempre podrá sospecharse la incapacidad o falsa identidad de los firmantes cuando no intervenga un notario físicamente”, expondría IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W.: “*Blockchain...*”, op. cit., p. 8, al referirse al papel del notario en el contexto de la tecnología *blockchain*.

89 Rotundo fue con esta frase SALERNO CARDILLO, F.: “Donde hay el notario latino, hay seguridad jurídica”, *La Notaría*, 2 marzo 2019, pp. 52, 55.

90 Vid. PRATS ALBENTOSA, L.: “El notario y la tutela de los consumidores en el Mercado Único Digital Europeo”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 75, septiembre-octubre 2017, p. 57.

91 Según manifestara en su conclusión IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W.: “*Blockchain...*”, op. cit., p. 10, “*el mejor modo de preservar la fe notarial y registral es imbricar las nuevas tecnologías en el ámbito de lo público*”.

podría maximizar la agilidad. Y ¿con *blockchain* sería necesaria la intervención (virtual) del notario para aumentar la confianza en el proceso de constitución societaria?

La admisión de la posibilidad técnica de que *blockchain* realice las funciones de un registro público (en este caso, del registro mercantil) está fuera de dudas⁹². Por ello, se ha llegado a temer que *blockchain* pudiera llegar a tener un impacto (negativo) en el cuerpo notarial, poniendo en riesgo o, al menos, en duda la fe pública notarial⁹³. Ahora bien, una *blockchain* pública⁹⁴ no garantiza ni la legalidad del contenido material ni la capacidad e identidad de los usuarios⁹⁵; en tanto estos se registran de forma privada sin que nada ni nadie compruebe su identidad real, ni siquiera mediante un documento nacional de identidad, un pasaporte o un código de identificación fiscal⁹⁶. La incertidumbre en cuanto a la identidad y la capacidad del usuario se reduce,

92 Es una de sus “aplicaciones estrella”, en expresión de PASCUAL, J.: “Registro mercantil y *blockchain*”, *Cysae.com*, 31 agosto 2018.

93 “La cualidad de la *blockchain* de registrar transacciones irreplicables, de imposible manipulación, alteración o falsificación, aportando “fehaciencia” a su contenido, supondría que todos los contratos en *blockchain* hicieran redundante la fe pública notarial”, indicó GARAYAR, E.: “*Blockchain*: ¿la revolución digital llega al derecho?”, *Blog de Emiliano Garayar*, 7 marzo 2016. En este sentido, añadiría IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W.: “*Blockchain...*”, op. cit., p. 7, que no será necesaria la fe pública (por ser “redundante”) donde “no exista comparecencia de las partes” o “donde [...] se reputen plenamente aseguradas ya la identidad y capacidad de las partes”. Más, en general, sobre el “*blockchain* como amenaza para los intermediarios”, léase, por ejemplo: GARCÍA MEXÍA, P.: “Del ciberderecho al criptoderecho. La criptorregulación”, en GARCÍA MEXÍA, P. (dir.): *Criptoderecho. La regulación de blockchain*, Madrid: La Ley-Wolters Kluwer, diciembre 2018, pp. 83-85, donde se hace hincapié en la idea de que “*blockchain* constituye una seria amenaza para los intermediarios, que interesan por cuanto garantizan la confianza social”. Añade, a continuación, que pudiera pensarse que “más que una amenaza, *blockchain* [...] constituiría el indefectible final de la confianza basada en medios humanos y, de su mano, de cualesquiera intermediarios. Es decir, que *blockchain* implicará el final de mecanismos gubernamentales de fe pública como es el notariado o los registros públicos”. No obstante, ello luego se matiza cuando se indica que “*blockchain* no puede sencillamente operar prescindiendo al 100% de intermediarios”. Lo anterior tuvimos ocasión de expresarlo en: GARCÍA MANDALONIZ, M.: “Hacia un sistema único...”, op. cit., nota a pie de página nº 170.

94 Como la de Stampery

95 Vid. GONZÁLEZ GRANADO, J.: “¿Enviará *blockchain* de vacaciones a los notarios?”, *NotaríAbierta*, 4 abril 2016.

96 Vid. GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M.: “*Blockchain*: ¿el notario del futuro?”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 75, septiembre-octubre 2017.

no obstante, en caso de una *blockchain* privada, en tanto el administrador de la plataforma puede asumir un mayor grado de control e, incluso, el rol de una entidad de certificación⁹⁷. Aun así, y aunque llegara a utilizarse una red privada para la inscripción registral de las empresas podría mantenerse y convendría mantener el papel notarial para la verificación de la identidad real, la validez del consentimiento, la comprobación de la capacidad y la legalidad del acto⁹⁸. Con su intervención se perdería inmediatez en el proceso de constitución societaria. Pero, si se asume esta “pérdida de economía”⁹⁹, a cambio de aquella ganancia de garantía de la validez y el control procedente de la actuación notarial, en riesgo no estaría su función. Y en riesgo no lo estaría, en tanto podría intervenir de forma previa y posterior a la cadena de bloques para la identificación de las partes y en su actuación como fedatarios públicos para certificar la legalidad¹⁰⁰.

¿La función que pudiera estar en riesgo sería, entonces, la registral? En tanto la cadena de bloques es, en sí misma, un registro, originariamente descentralizado, que permitiría sustituir al registro mercantil, centralizado¹⁰¹, quizás pudieran peligrar las funciones del registro mercantil¹⁰², si la vigilancia y el control del cumplimiento de los requisitos legales se dejara solo en manos del notario y si el legislador considerara *blockchain* como una auto-

97 Como así indicara FOZ GIRALT, X. (et al.): “Aspectos legales de los ICO, *smart contracts* y DAO”, en PREUKSCHAT, A. (coord.): *Blockchain: la revolución industrial de Internet*, Ediciones Gestión 2000, 2017, pp. 181-182.

98 Esta combinación de una plataforma de cadenas de bloques (de carácter híbrido con cadenas públicas y privadas), compatible con el tradicional sistema notarial de tipo latino-germánico, se exploró, en abril de 2015, para el registro de la propiedad de Honduras, si bien esa exploración no llegara a tomar forma, conforme se recuerda en: *ibidem* o en: GONZÁLEZ ROYO, I., “*Blockchain*, ¿oportunidad o burbuja?”, *Fundación FIDE*, quien expresó su opinión sobre que, en general, “*la cadena de bloques [...] potencialmente puede suponer un revulsivo para transformar registros y servicios públicos [como] el registro de la propiedad*”.

99 RAMOS CUETO, P.; CABALLERO AREAL, P.: “La constitución de sociedades mercantiles en la *blockchain*. Un acercamiento al futuro”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n° 6, 2019, hablan con razón de la “*pérdida de economía*”, junto a la pérdida de “*eficiencia en la operación*”, además de la “*duplicidad de funciones*”.

100 Así lo comenta de manera detallada: IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W.: *Derecho de blockchain...*, op. cit., p. 390.

101 *Ibidem*.

102 Léase *supra* la nota a pie de página n° 93.

ridad de registro¹⁰³. Quizás, en cambio, también pudiera actuar, además del notario (antes o después de la cadena de bloque)¹⁰⁴, el registro mercantil en colaboración y coordinación con el registro distribuido para hacer el control de legalidad¹⁰⁵. En este último caso, en lugar de reemplazo habría compatibilidad y complementariedad entre la tecnología de registros distribuidos y el registro mercantil para el refuerzo del control¹⁰⁶. Entre ambas posibilidades, acaso peligraría la función registral, para no duplicar funciones de control si no hubiera pérdida de seguridad, si el Notariado se sintiera tentado a abrazar (antes o después)¹⁰⁷ la tecnología de la cadena de bloques para seguir dando validez y eficacia al acto constitutivo societario¹⁰⁸. No obstante, una de las funciones notariales, la del registro de los datos relativos a las operaciones notariales, pudiera entenderse que se ve amenazada por *blockchain*, por ser una herramienta digital para el registro de datos¹⁰⁹. En cambio, el resto de las funciones notariales se mantendrían e incorporarían bien a una cadena propia, por estar creada y conservada por el Notariado bajo su responsabilidad¹¹⁰, o bien a una ajena en la que se diera reconocimiento legal a la participación y documentación “subida”¹¹¹ por los notarios. Se mantendrían estas funciones hasta que la suma de *blockchain* más la inteligencia artificial más la computación cuántica pudiera llegar a aportar el mismo nivel de control,

103 En importante matiz incluido en: IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W.: *Derecho de blockchain...*, op. cit., p. 404.

104 *Ibidem*, pp. 395-396.

105 En RAMOS CUETO, P.; CABALLERO AREAL, P., “La constitución...”, op. cit., inciden en que esa coordinación sería necesaria para evitar “*duplicar funciones y una pérdida de economía y eficiencia en la operación societaria*”.

106 En el sentido que lo explica y desarrolla: IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W.: *Derecho de blockchain...*, op. cit., pp. 404-405.

107 Nuevamente, *ibidem*, pp. 395-396.

108 *Ídem*. En sentido análogo, léase también: PASCUAL, J.: “Registro mercantil...”, op. cit.

109 Vid. BORN, A.: “¿Sobrevivirán los notarios al desarrollo del “*blockchain*”?”, *Expansión*, 21 noviembre 2017. Asimismo, retómese la lectura de la nota a pie de página nº 93.

110 Aunque de manera general y no en específico para el procedimiento de constitución de una sociedad, PRATS ALBENTOSA, L.: “El notario...”, op. cit., p. 61, manifestó que las funcionalidades de la técnica de la cadena de bloques podrían incorporarse a la función notarial, matizando que para ello sería preciso que esa cadena de bloques fuera creada por el Notariado bajo su responsabilidad.

111 En la expresión y el parecer de PASCUAL, J.: “Registro mercantil...”, op. cit.

certeza y seguridad que en la actualidad aporta la fe pública notarial¹¹²; siempre y cuando el legislador equiparara el valor del registro de los datos de la cadena de bloques con la escritura pública notarial¹¹³.

Hasta la fecha, con independencia de si hay o no participación notarial, se indica¹¹⁴ que existen países empleando o explorando la aptitud de la red de registros distribuidos para facilitar con agilidad e inmutabilidad el registro empresarial. Aun en la hipótesis de que la exploración no fructificara en nuestro país para este fin, querríamos exponer que pudiera llegar a ser conveniente (por celeridad y seguridad)¹¹⁵ constituir sociedades mercantiles desde una plataforma basada en el sistema de cadena de bloques¹¹⁶. De ser así, cabría preguntarse inmediatamente si las sociedades que hubiesen sido constituidas por medio de una plataforma de registro distribuido necesariamente tendrían que integrarla en su funcionamiento u operativa. Entendemos que podrían en ella operar, pero no tendrían por qué actuar en ella, ni parcial ni completamente¹¹⁷. Del mismo modo en que hay entidades que integran *blockchain* en sus procesos operativos sin haberse constituido sobre su base, no todas las que se hubieran constituido en *blockchain* tendrían que operar en ella. Aun así, si fuese opcional para los socios fundadores decidir constituir una sociedad dentro o fuera de *blockchain*, parecería lógico entender –como la doctrina, con lógica, ha entendido¹¹⁸– que quienes decidiesen constituir la en

112 Vid. BORN, A.: “¿Sobrevivirán los notarios...?”, op. cit.

113 Esta importante matización la incluye: IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W.: *Derecho de blockchain...*, op. cit., p. 392.

114 Se indicó, sin más precisión, esta información en: BLANCO, O.: “*Blockchain* en la Administración Pública: la internet de las transacciones”, *IBM Think España*, 20 noviembre 2017 (también en: *Digital Biz*).

115 Coincidimos, en este sentido, con la opinión que RAMOS CUETO, P.; CABALLERO AREAL, P.: “La constitución...”, op. cit., reflejan en el resumen de su trabajo científico, donde lo creen “*interesante y posible a medio plazo*”, “*cuando ello genere ventajas a los socios constituyentes*”. Las ventajas apuntan que serían la celeridad, la confianza y la seguridad, como atributos de los registros distribuidos.

116 En *ibidem* se plantean “*las opciones que existen y que podrían existir para que nuestro ordenamiento jurídico permitiera (si se concluye que no lo hace ya) constituir sociedades en el universo blockchain*” porque los autores se atreven a “*vaticinar que será importante en un futuro no demasiado lejano*”.

117 Entendiéndolo así, estamos de acuerdo con la opinión reflejada en *ibidem* (apartado III) de que “*constituirse [...] en el ecosistema blockchain no tendría que implicar, necesariamente, que solo operara y actuar en dicho sistema*”

118 *Ídem*.

blockchain fuese porque también quisiesen actuar bajo esta emergente tecnología. Por la opcionalidad nos decantamos y se decanta la doctrina¹¹⁹, para favorecer la elección por parte de los socios fundadores entre un modo de constitución en *blockchain* y otro modo de constitución digital sin presencias y sin *blockchain*, coexistente con aquél.

Cuando aludimos a la idea de constituir una sociedad en *blockchain* no nos queremos referir a constituir una sociedad de manera tradicional con criptomonedas (como los bitcoins, basados en *blockchain*) como aportaciones no dinerarias¹²⁰ al capital social. No nos estamos refiriendo, en efecto, a la posibilidad permitida (y ejemplificada desde 2014)¹²¹ de que las criptodivisas (léanse, los originales y populares *bitcoins*, pero no solo ellos) formen parte del capital de una sociedad como aportaciones no dinerarias susceptibles de valoración económica¹²². A lo que queremos apuntar, en cambio, es a que todo

119 En concreto, en *idem*, desde el resumen o *abstract*, así como en el apartado IV y en las conclusiones.

120 Sobre el carácter de la aportación de criptomonedas como aportación no dineraria y no como aportación dineraria, discurre la argumentación reflejada en: MENÉNDEZ ARIAS, M.^a J.; RODRÍGUEZ GARCÍA, T.; ALCAIDE SOLER, F.: “*Blockchain* y derecho societario”, en GARCÍA MÉXIA, P. (dir.): *Criptoderecho. La regulación de blockchain*, Wolters Kluwer - La Ley, diciembre 2018, pp. 494 y siguientes; con cita a: RABASA MARTÍNEZ, I.: “Integración del capital social con criptomonedas”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 53, 2018.

121 El ejemplo fue: Coinffeine, SL. En la escritura pública para su constitución, fechada a 30 de mayo de 2014, consta que el objeto de la aportación no dineraria son *bitcoin*. Son en ella descritos como “*un bien patrimonial “documento electrónico”, objeto de derecho real, en forma de unidad de cuenta, definida mediante la tecnología informática y criptográfica denominada “bitcoin”, que permite ser utilizada como contraprestación en transacciones de todo tipo*”. El notario actuante fue I. GOMA LANZÓN, quien describió el proceso en: “¿Se puede constituir una sociedad con *bitcoins*?”, *Blog Hay Derecho*, 9 junio 2014. Unos días antes había sido descrito por un abogado de la firma Abanlex que intervino en la constitución de Coinffeine, SL: FERNÁNDEZ BURGUEÑO, P.: “¿Cómo constituir una sociedad con *bitcoins* (*bitcoines*) en su capital social?”, *Abanlex.com*, 4 junio 2014. Alusión a este proceso hay también, por ejemplo, en: MENÉNDEZ ARIAS, M.^a J.; RODRÍGUEZ GARCÍA, T.; ALCAIDE SOLER, F.: “*Blockchain* y derecho societario...”, op. cit., pp. 496 y siguientes.

122 En virtud de los artículos 4.1, 58.1 y 63 LSC. En detalle, al respecto: GOMÁ LANZÓN, I.: “¿Se puede constituir...?”, op. cit.; ROSALES, F.: “Aumentar el capital social con criptodivisas”, *NotarioFranciscoRosales.com*, 15 enero 2018. Sobre el valor económico fluctuante de los *bitcoins* y, en especial, sobre su consideración como inmovilizados intangibles, léase la Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC),

el proceso constitutivo –desde la solicitud de la certificación negativa de denominación social hasta la inscripción registral– se lleve a cabo en una cadena de bloques. Una cadena que también pudiera albergar (como en Dubái) la solicitud y la concesión de las licencias administrativas y demás trámites para la puesta en marcha de la empresa.

Si aquel primer paso de aportar criptomonedas en el momento fundacional (o en alguno posterior de aumento de capital) ya se ha dado en nuestro país, el siguiente paso, de abarcar toda la tramitación para la constitución, falta aún por dar. Si algún día aquí se da, que se dé –se reitera¹²³– de manera opcional. Sería opcional si se dejara a decisión y elección de los socios fundadores constituir la sociedad vía *blockchain* o por cualquier otra vía digital (o, en su caso, de manera presencial).

En el caso de elegir los fundadores el procedimiento de constitución societaria por medio de esta tecnología disruptiva para, si lo desean, a través de ella también operar, aparecerían incógnitas a afrontar si continuaran los vacíos legales sobre los usos que de esta tecnología las empresas están haciendo o van a hacer.

La primera incógnita haría referencia a si la naturaleza de la entidad constituida mediante una tramitación *blockchainizada* y con una operativa organizativa también *blockchainizada* tendría que ser una DAO o DAC, esto es, una organización o corporación autónoma descentralizada. Para serlo, habría de estar gestionada de manera independiente de personas físicas o jurídicas, a través de contratos inteligentes¹²⁴. Sin una o varias personas, ni físicas ni jurídicas, que ejercieran la gestión, se ejercería de manera descentralizada previo consenso de las reglas de gobierno por los propietarios de *tokens*. Siendo así, apunta bien la doctrina¹²⁵ que sería complicado entender que la DAO se hubiera constituido con las formalidades propias de una sociedad mercantil de capital o, desde la perspectiva contraria, que una sociedad mercantil de capital regida por la legislación sobre sociedades de capital pudiera llegar a ser completamente autónoma y automatizada. Las peculiaridades de una, la DAO, y

del Ministerio de Economía y Competitividad, a la consulta Rfa.: rmr/ 38-14, “relativa al tratamiento contable de las llamadas “*bitcoins*” o monedas virtuales”, donde se indica que: “*se valorarán por su coste, que será el precio de adquisición*”.

123 Véase, de nuevo, RAMOSCUETO, P.; CABALLERO AREAL, P.: “La constitución...”, op. cit.

124 Vid. MENÉNDEZ ARIAS, M.^a J.; RODRÍGUEZ GARCÍA, T.; ALCAIDE SOLER, F.: “*Blockchain* y derecho societario...”, op. cit., p. 491.

125 *Ibidem*, p. 492.

de otra, la “sociedad convencional”, no encuentran entre ellas fácil encaje o acomodo. No encajan la completa autonomía, el anonimato o seudonimato, la democratización, la universalización y la descentralización con una sociedad mercantil de capital tradicional, con un órgano de administración para la gestión y representación, y regida mediante la ley de sociedades de capital¹²⁶.

Otras cuestiones, tales como la territorialidad y la jurisdiccionalidad, se complican cuando la organización empresarial se constituye y se basa plenamente en *blockchain*, por su naturaleza transnacional. ¿Cuál sería la nacionalidad y el domicilio social?¹²⁷ En una DAO los usuarios titulares de los *tokens* pueden llegar a estar muy repartidos en muy distintos territorios desde los que operan y desde los que “comunitariamente gobiernan” la sociedad, en tanto el gobierno es participativo, consensuado y descentralizado sin necesidad técnica de administradores que la gobiernen centralizadamente¹²⁸. Siendo las organizaciones basadas únicamente en *blockchain* y *smart contracts*, esto es, las DAO organizaciones descentralizadas con gobierno también descentralizado, no necesitado técnicamente (aunque sí legalmente) de un órgano de administración, no puede delimitarse el “centro de su efectiva administración y dirección” para determinar el domicilio social y, con él, la nacionalidad.

Sin haber un “centro de efectiva administración y dirección”, habría que tratar de concretar el lugar en el que “radique su principal establecimiento o explotación” –en el caso de que radique en algún lugar, si hay un establecimiento o explotación principal, que no siempre habrá– para la fijación del domicilio (en su caso, en el territorio español) y, con él, de la nacionalidad. Todo ello si se siguen los términos de los artículos 8 y 9 de la LSC, que obvian para esa fijación el lugar de la constitución de la sociedad si no coincide con el “domicilio real” o “centro de la efectiva administración”. La coincidencia entre el lugar de la constitución de la sociedad y el de su “domicilio real” o “centro de efectiva administración” en un mismo Estado es una de las instituciones fuertes del Derecho societario europeo¹²⁹. Intentó destronarse con la propuesta de Directiva de SUP, pero quedó en un intento frustrado.

126 *Ídem*.

127 Para más desarrollo sobre esta cuestión que atañe a la nacionalidad y el domicilio social, interesa consultar: *ibidem*, pp. 498-499.

128 Como habrá ocasión de plantear y desarrollar en el capítulo sexto del presente estudio.

129 Conforme, por ejemplo, destacara: ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “¿Una revolución...?”, op. cit.

Con la fijación del domicilio y, en consecuencia, de la nacionalidad, se determinaría la legislación y la jurisdicción aplicable. La jurisdicción y la legislación servirían, a su vez, para delimitar el régimen de la responsabilidad ante deudas con terceros y ante daños por una mala operativa en una base cuyos datos están descentralizados y “desterritorializados”. Pero, aquella fijación del domicilio y la nacionalidad es harto ardua, cuando no imposible, cuando la toma de decisiones es consensuada y descentralizada por usuarios propietarios de *tokens* sitos en múltiples localizaciones y cuando la organización autónoma puede operar, a su vez, desde distintas localizaciones¹³⁰.

Como bien entrevé la doctrina, precisamente “una de las cuestiones de mayor enjundia en las organizaciones basadas en *blockchain* es localizar un punto de unión con un ordenamiento jurídico aplicable”¹³¹. Hallar solución a la ecuación de la nacionalidad, la legislación, la jurisdicción y la responsabilidad se convierte en uno de los grandes desafíos jurídicos pendientes de resolver¹³². En ocasiones, puede que sea irresoluble si no hay sujetos que actúen como administradores¹³³ (como no los hay o puede no haberlos en una DAO) y, por tanto, ante el desconocimiento de dónde y quién ejerce la efectiva administración y dirección. Si, en cambio, subsisten los administradores, y habrían de subsistir para su ajuste con la legislación de sociedades de capital, más fácil sería determinar la efectiva administración y, con ella, el domicilio y la nacionalidad.

Ante los grandes retos de la territorialidad, la jurisdiccionalidad y la responsabilidad que plantea la constitución societaria *blockchainizada*, la solución hallada en Dubái en la denominada “Estrategia de *Blockchain* 2021” entronca con el criterio de la constitución de la sociedad, en tanto las sociedades que se constituyan allí por medio de la cadena de bloques deberán operar bajo la jurisdicción de Dubái¹³⁴.

130 Así lo apuntan y desarrollan: MENÉNDEZ ARIAS, M.^a J.; RODRÍGUEZ GARCÍA, T.; ALCAIDE SOLER, F.: “*Blockchain* y derecho societario...”, op. cit., pp. 498, 528-529.

131 *Ibidem*, pp. 498-499, 528.

132 Esos desafíos se añaden a los conocidos del blanqueo de capitales por el anonimato que favorece la encriptación.

133 Salvo que la “*organización tuviese ciertos sujetos encargados de la toma final de decisiones, al poder encontrarse ahí un punto de conexión con el marco jurídico aplicable a esos sujetos*”, matizarían: MENÉNDEZ ARIAS, M.^a J.; RODRÍGUEZ GARCÍA, T.; ALCAIDE SOLER, F.: “*Blockchain* y derecho societario...”, op. cit., p. 498.

134 Según se indica en: <https://criptomonedastop.com/dubai-presenta-registro-empresarial-basado-la-tecnologia-blockchain/> (última consulta: 1 septiembre 2020).

La disociación entre el domicilio estatutario y la administración central, pudiendo estar situados en distintos Estados, fue una de las claves de la propuesta de Directiva de SUP y una de las claves también de que no prosperara. No prosperó por la controversia que generó la separación entre el domicilio social y la sede administrativa y la aplicación a la SUP de la ley del país de constitución o registro, en el entendimiento del Comité Económico y Social europeo de que proliferarían las “sociedades buzón”, el fraude fiscal y el blanqueamiento del capital¹³⁵. No prosperó porque el principio de la sede real es un principio tradicional en el derecho de sociedades europeo.

La disociación entre el lugar de la constitución y el de la sede efectiva en Estados distintos provoca disarmonía en un derecho de sociedades europeo e interno basado en la conexión entre la sede social y la sede principal o central de las actividades. Esa disociación o separación, no obstante, podría ofrecer una respuesta en la tramitación y gestión de la sociedad vía *blockchain* mediante la aplicación del criterio de constitución. En la recomendación que hiciera el eurodiputado DE GRANDES¹³⁶, con ocasión de la propuesta de Directiva de SUP, habría que reflexionar sobre la no exigencia a los administradores de residir en el país donde esté situado el domicilio social porque, con ello, podrían administrarse sociedades empleando solo medios electrónicos para la adecuación de la sociedad a la era digital.

En cualquier caso, en nuestro sistema jurídico se echa en falta¹³⁷, en general, una regulación (armonizada) que prevea sin incertidumbres legales la implantación de la revolucionaria tecnología de la cadena de bloques tanto en la constitución de la sociedad como en la operativa interna y externa de la empresa. Con incertidumbres, sin una regulación (reiteramos, armonizada) adaptada a esta nueva realidad tecnológica, se corre el riesgo (intuido por la doctrina) de “huir de las formas societarias tradicionales” para cons-

135 En este sentido se pronunció muy crítico el Comité Económico y Social europeo en el Dictamen, de 19 de diciembre de 2014, que elaboró sobre la propuesta de Directiva del SUP (COM (2014) 212 final – 2014/0120 (COD); (2014/C, 458/04); DO C 458, 19 diciembre 2018, apartado 1.5). Para comentarios sobre su contenido, léanse: ARDALÁN, J.: “EL CES europeo apuesta...”, op. cit.; ESTEBAN VELASCO, G.: “La propuesta de Directiva...”, op. cit., quien abogó por que los Estados miembros pudieran exigir coincidencia entre el domicilio social y la administración central.

136 Recogidas en: ARDALÁN, J.: “Las opciones para regular...”, op. cit.

137 Por ejemplo, en: REFOJOS, M.: “¿Qué hay que regular para que el *blockchain* pueda despegar en España?”, *Byznness.elperiodico.com*, 4 noviembre 2019; donde se indican los retos jurídicos apuntados en este párrafo del texto principal.

tituir e integrar “comunidades virtuales”¹³⁸, como las DAO, en “situación de alegalidad”¹³⁹. Se correrá ese riesgo mientras el ordenamiento jurídico interno y, mejor, comunitario no lleguen a prever ni favorecer el registro distribuido para la constitución societaria ni para la operativa empresarial. Para no correrlo, habría que prever legislativamente esta revolucionaria tecnología para la constitución, además de para la organización, sin sustituir sino a añadir –en alternativa, a elección de los socios fundadores– a cualquier otro sistema electrónico eficiente de constitución de las sociedades mercantiles. Aun con esa evaluación y previsión, seguiría estando presente el riesgo o la duda de si el “criptoderecho”¹⁴⁰ sería capaz de encontrar una solución óptima a los problemas extraterritoriales e intraterritoriales que plantea el carácter transnacional y el funcionamiento automático¹⁴¹ de *blockchain*, en la medida en que ese carácter y funcionamiento dificultan su regulación¹⁴², también en el campo societario.

Para no dificultarlo, no sería a las DAO sino a las sociedades que fuesen constituidas con *blockchain* e integrasen en mayor o menor medida esta tecnología en sus procesos, pero sin llegar a tener una operativa autónoma, a las que habría aquí que seguir aludiendo. En ellas habría de subsistir el órgano de administración, integrado por personas físicas o jurídicas, socios o no socios, junto con la junta general de socios, también compuesta por personas físicas o jurídicas. De subsistir ambos órganos, con las funciones que para ellos dispone la ley de sociedades de capital, no habría incompatibilidad con la legislación en vigor, pero sí habría desnaturalización de los principios en los que se basa la tecnología de la cadena de bloques y, en particular, la descentralización de su gestión. Una incorporación completa o radical del registro distribuido haría desaparecer tanto un órgano (el ísoberano? decisorio)¹⁴³ como otro (el

138 MENÉNDEZ ARIAS, M.^a J.; RODRÍGUEZ GARCÍA, T.; ALCAIDE SOLER, F.: “*Blockchain* y derecho societario...”, op. cit., p. 504

139 *Ibidem*, p. 499.

140 En expresión utilizada en: GARCÍA MEXÍA, P.: *Criptoderecho. La regulación de blockchain*, Madrid: La Ley-Wolters Kluwer, diciembre 2018, 615 pp.

141 En general, GARCÍA MEXÍA, P.: “Del ciberderecho al criptoderecho...”, op. cit., pp. 127-129.

142 *Ibidem*, p.127.

143 Con cita a: GARCÍA MARTÍNEZ, L. M.^a: “Consideraciones iniciales sobre la tecnología de registro distribuido (*blockchain*) como herramienta emergente de identificación e implicación accionarial”, en FERNÁNDEZ TORRES, I.; ARIAS VARONA, F. J.; MARTÍNEZ ROSADO, J. (coords.): *Derecho de sociedades y de los mercados financie-*

de administración), por dejar de ser técnicamente uno y otro necesarios. Por eso, o hay una incorporación parcial o no radical del registro distribuido, con acción humana en un proceso parcialmente automatizado y con subsistencia de la junta general y del órgano de administración, para seguir cumpliendo con las disposiciones legales, o se cambian estas disposiciones para adaptarse a la potencialidad de aquella tecnología emergente, en la medida en que puedan simplificarse y flexibilizarse sin perder seguridad jurídica¹⁴⁴. Tomando prestadas palabras ajenas¹⁴⁵, “con la legislación vigente en la mano, la aplicación de *blockchain* es muy limitada y no supone unas ventajas excepcionales” –concretamos– ni para la constitución ni para la organización societaria.

2.5. Con identificación electrónica

Mientras no se prevea (de forma optativa o alternativa) o para el caso de que nunca se prevea la constitución (y organización) “*blockchainizada*” de las sociedades, hay que incidir en que cualesquiera otras tecnologías no desintermediadas ni distribuidas serían aptas para configurar un proceso electrónico eficiente de constitución de las sociedades mercantiles (al menos, de las de capital) sin presencias (salvo excepciones justificadas) de los socios constituyentes ante las autoridades, en nuestro caso, notariales.

En ese estadio anterior al hipotético uso alternativo de las cadenas de bloque para la constitución de las sociedades mercantiles, hay que resaltar que la intervención notarial no podrá ser más física o presencial en un sistema que será completamente electrónico. A que sea íntegramente electrónico obliga la Directiva 2019/1151, como mínimo, para la sociedad limitada y, de no indicar los Estados miembros lo contrario, para la sociedad anónima también. Aun

ros. *Libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, Madrid: Iustel, 2018; en MENÉNDEZ ARIAS, M.^a J.; RODRÍGUEZ GARCÍA, T.; ALCAIDE SOLER, F.: “*Blockchain* y derecho societario...”, op. cit., p. 617, se manifestó que la “*opción radical*” de incorporación plena del registro distribuido “*que llevaría a la desaparición de la junta general como tal, alternativa que no tiene cabida en la legislación vigente*”.

144 En algún sentido similar y con cita a una previa publicación nuestra (GARCÍA MANDALONIZ, M.: “Hacia un sistema único...”, op. cit.), léase: MENÉNDEZ ARIAS, M.^a J.; RODRÍGUEZ GARCÍA, T.; ALCAIDE SOLER, F.: “*Blockchain* y derecho societario...”, op. cit., pp. 503-504; donde se dispone que esas “*hipotéticas modificaciones entrarían en tensión con el afán de control de normativas como la tributaria, de prevención de blanqueo de capitales o de buen gobierno*”.

145 Tomadas de *ibidem*, p. 519.

sin la intervención física notarial, la intervención de este fedatario público mediante medios a distancia, como la videoconferencia u otra técnica a distancia (como la conferencia telefónica múltiple) que permita la conexión en tiempo real, se plantea posible en el Considerando vigésimo segundo de esta Directiva de 2019 para acreditar la identidad.

En el desarrollo de los medios técnicos en los que ha venido trabajando el Consejo General del Notariado en España para hacer factible el otorgamiento *online* de la escritura pública de constitución de la sociedad, se prevé que sea por videoconferencia el “encuentro virtual” entre el notario y el socio o los socios fundadores¹⁴⁶. En esa videoconferencia resultaría indispensable implantar algún método de autenticación electrónica para la confirmación de la identidad. Así, el Consejo General del Notariado tiene previsto que la comprobación de la veracidad de la información se realice durante la videoconferencia y con el DNI electrónico de identificación de los socios fundadores¹⁴⁷.

Cuando el procedimiento de constitución societaria sea totalmente electrónico, el o los fundadores solicitantes serán los responsables de la veracidad de la identidad y sus datos, para quienes debiera poder preverse la aplicación de sanciones en caso de infracciones, en advertencia de la CNUDMI¹⁴⁸. En orden a evitar riesgos, en especial, de fraude, abuso, blanqueo de capitales o suplantación de la identidad hay que diseñar mecanismos preventivos que conduzcan a la identificación de la titularidad real.

La Directiva comunitaria sobre la utilización de las herramientas y los

¹⁴⁶ Así se indica en: AA.VV.: “José Ángel Martínez Sanchiz: la Directiva 2019/1151 facilitará la constitución de sociedades transfronterizas”, *El Derecho.com*, 18 septiembre 2019; donde hay una remisión al vídeo explicativo y al gráfico en forma de esquema que el Consejo General del Notariado ha hecho público en su *web* para dar a conocer el funcionamiento del “*encuentro virtual*”. El gráfico-esquema es accesible desde el siguiente enlace: <https://www.uinl.org/documents/20181/182230/20191011+-+News+-+Espagne+-+INFOGRAF%C3%8DA+CONSTITUCION+SOCIEDADES+UE.pdf/cba5a8e2-8c35-4029-9b04-4169a6c503de> (última consulta: 1 septiembre 2020), y el vídeo desde esta URL: https://www.uinl.org/-/the-spanish-notariat-is-working-on-the-transposition-of-eu-directive-2019-1151#p_73_INSTANCE_g4QgRSEIbfoQ (última consulta: 1 septiembre 2020).

¹⁴⁷ *Ídem*.

¹⁴⁸ Como así advirtiera la Nota de la Secretaría de la CNUDMI de 17 de julio de 2017, páginas 91 y siguientes; y la previa de 7 de agosto de 2015, página 20; o la posterior de 10 de abril de 2018 en sus Recomendaciones 45 y 46.

procesos digitales en el ámbito del derecho de sociedades o, como se suele denominar, la “Directiva de digitalización”¹⁴⁹ (como primera directiva del “*company law package*”) propone contra el abuso, el fraude y las “sociedades fantasmas” el control obligatorio de la identidad de los socios fundadores y la posibilidad de exigir la participación de una persona (notario o abogado) en el proceso¹⁵⁰. La interacción física del usuario y el notario se ve justificada en un proceso íntegramente digital cuando está en juego comprobar la identidad ante sospechas¹⁵¹ de suplantación, abuso, fraude o blanqueo. La interpretación de la sospecha habrá de hacerse, no obstante, restrictivamente para no hacer peligrar el proceso por completo en línea que subyace en el espíritu que da lugar a esta Directiva¹⁵². Fuera de los casos de sospecha –a interpretar con restricción en cada caso– de la identidad o titularidad fraudulenta o de la procedencia ilegítima de los capitales a aportar a la sociedad, la intervención presencial del fundador en la notaría decaería en sustitución de la comprobación a distancia de la identidad.

Sabido es que los esquemas digitales de identidad pueden clasificarse en tres categorías: bajo, sustancial o alto, en función de su seguridad¹⁵³. Con un bajo nivel de seguridad estarían las *passwords*; con un nivel intermedio o sustancial de seguridad, los documentos electrónicos de identidad; y con un alto nivel de seguridad, por ejemplo, *blockchain*. Ejemplos de unos u otros, empleados a los efectos registrales que nos ocupan, son el uso de la firma electrónica avanzada (como en Canadá o Chile)¹⁵⁴; de un certificado digital con la asignación de una clave empresarial, a modo de identificador único (como en

149 Vid. *supra* la nota a pie de página n° 16.

150 En indicación de la página 4 de la propuesta de Directiva, en concordancia con la página 14, donde se redacta el artículo 13 ter.

151 “*Genuine suspicion*”, según el recital 18 b) y el artículo 14.4 del “*Agreed amendments to the Presidency compromise text (Draft Directive on single private limited liability companies)*”.

152 Considerando 21° Directiva 2019 y artículo 13 ter, apartado cuarto, de la Directiva de 2017 que revisa.

153 En atención a los niveles de seguridad que se definen en el artículo 8 del Reglamento 910/2014. Sobre la clasificación, véase la que se realiza en: PAREJA, A. (et al.): *La gestión de la identidad y su impacto en la economía digital*, Banco Interamericano de Desarrollo, documento para discusión n° IDB-DP-529, agosto 2017, p. 15.

154 En este sentido, en *ibidem*, p. 27, se ponen como ejemplos ilustrativos a Canadá o Chile. En la página 23 Canadá es nombrado como uno de los Estados con mejor desempeño en la inscripción empresarial en línea.

Canadá o Australia)¹⁵⁵; de la “*digital Id card*” incluida en el *kit* de “e-residente” de Estonia; o, simplemente, de un nombre de usuario y una contraseña apropiados, como el RealMe *login* y *password* en Nueva Zelanda que facilita allí la mayor velocidad conocida para la puesta en marcha de un negocio¹⁵⁶. Las carencias de seguridad ínsitas en una *password* podrían ser superadas mediante la firma electrónica en su modalidad más segura como firma cualificada o, incluso, mediante sistemas de control de la identidad de carácter biométricos¹⁵⁷. A estas comprobaciones biométricas, por ejemplo, mediante huellas digitales, así como a las firmas y los certificados electrónicos, además de a los nombres de usuario y contraseñas, o a los sistemas de notificación a las empresas inscritas de las modificaciones introducidas en su ficha registral se refiere la citada guía legislativa de la CNUDMI para la protección de la identidad y la integridad de las empresas, de cara a la prevención de la usurpación de la identidad¹⁵⁸.

Conforme al artículo 13 ter de la Directiva (UE) 2017/1132, en la redacción de la Directiva de digitalización, un Estado miembro deberá reconocer tanto “los medios de identificación electrónica que hayan sido expedidos por un sistema de identificación electrónica del propio Estado” como los medios de identificación electrónica expedidos por otro Estado miembro que sean homologados y reconocidos mutuamente, según el artículo 6 del Reglamento (UE) 910/2014¹⁵⁹ (conocido como: “Reglamento IDAS”).

155 *Ibidem*, p. 24.

156 <https://companies-register.companiesoffice.govt.nz/help-centre/managing-your-online-account/setting-up-your-online-services-account/> (última consulta: 1 septiembre 2020).

157 Vid. LUCINI MATEO, A.: “El documento público notarial en la perspectiva de la digitalización del Derecho societario europeo”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 77, enero-febrero 2018, p. 146; donde se reproduce la conferencia que el autor dictara en el Colegio Notarial de Madrid el 11 de enero de 2018. En análogo sentido, NAHARRO FUENTES, M.: “La digitalización del derecho de sociedades...”, op. cit.; citando, entre otros, a: ÁLVAREZ ROYO VILLANOVA, S.: “Proposal regarding...”, op. cit., p. 189.

158 Páginas 15 y 16, párrafo 34.

159 Reglamento (UE) 910/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior (DO L 257, 28 agosto 2014). Ese artículo 6 remite al artículo 9, en coordinación con el artículo 8 sobre los niveles de seguridad de los sistemas de identificación electrónica, dividiéndolos en estos tres niveles: bajo (con grado limitado de confianza), sustancial (generador de sustancial confianza) y alto. También el artículo 14.b.1.b de la propuesta enmendada de Directiva

Podrá reconocer y emplear, además, cualesquiera otros “controles electrónicos complementarios de identidad”¹⁶⁰. Una copia escaneada del pasaporte fue el ejemplo mencionado en el Considerando séptimo de la propuesta de Directiva de digitalización. Tras la supresión de su mención por su escasa seguridad¹⁶¹, una videoconferencia “u otros medios en línea que ofrezcan una conexión audiovisual en tiempo real” son los ejemplos a los que alude el Considerando vigésimo segundo del texto definitivo de esta Directiva de digitalización. Este ejemplo de la videoconferencia está en consonancia con el Considerando decimotercero de la propuesta de la Directiva, así como antes con el recital dieciocho de la propuesta enmendada y retirada de la Directiva de SUP¹⁶².

Un sistema de identificación electrónico seguro previsiblemente será en España complementado con una videoconferencia (o quizá en el futuro con elementos biométricos, como las huellas digitales o el reconocimiento facial)¹⁶³, para permitir realizar la comprobación no solo de la identidad sino también, mediante la videoconferencia, de la capacidad jurídica¹⁶⁴. Como contrapartida, la videoconferencia añadida ralentizará el proceso, aunque no lo ralentizará tanto como cuando se desarrolla mediante un acto presencial. La presencia pasará a estar vetada, aunque el veto podrá ser levantado. El levantamiento será excepcional. Mediante acto presencial solo podrá seguir desarrollándose cuando existan sospechas en relación con la falsificación de la identidad, la falta de capacidad o de poder de representación de la sociedad¹⁶⁵, o la procedencia ilegítima de las aportaciones a la sociedad.

de SUP aludía a la identificación electrónica de acuerdo con el artículo 6 de este Reglamento 910/2014.

160 En aseveración recogida del Considerando 22º de la Directiva.

161 Vid. ÁLVAREZ ROYO VILLANOVA, S.: “Proposal regarding...”, op. cit., página 161.

162 Que indicaba, a modo ejemplificativo: “*The legality check via a video-conference or other on-line means that provide a real-time audio-visual connection*”.

163 Como se mencionan en: ÁLVAREZ ROYO VILLANOVA, S.: “Proposal regarding...”, op. cit., p. 177; o en: ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “Fe pública y revolución digital”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 88, noviembre-diciembre 2019, pp. 18-19.

164 *Ibidem*, p. 19.

165 Como indican los artículos 13.ter.4º y 13.octies, 8º; en conjunción con el Considerando 21º.

3. Con una tramitación electrónica y eficiente, como mínimo, para la sociedad limitada y, de aparecer, para la sociedad simplificada

A salvo estos supuestos excepcionales de sospecha, con sistemas electrónicos para el control de la identidad y la capacidad que garanticen seguridad y confianza¹⁶⁶, la normativa societaria nacional, al transponer la Directiva europea, tendrá que adaptarse a las nuevas tecnologías hasta configurar un proceso electrónico de constitución de las sociedades mercantiles, en específico, de las sociedades de responsabilidad limitada y, si nada se dice en contra (aunque en contra puede que se posicione España, como aboga la doctrina¹⁶⁷), también de las sociedades anónimas.

Para justificar la exclusión de las sociedades anónimas del procedimiento de constitución en línea, pudiera argumentarse –como argumenta la doctrina¹⁶⁸– que la constitución de las sociedades anónimas es de número más reducido y de más complejidad estatutaria que el de las sociedades limitadas. Aun con tal argumento justificado, somos de la opinión contraria al ejercicio de la cláusula de exclusión u *opting out*. La vía telemática para la constitución de la sociedad anónima, como también de la comanditaria por acciones, aunque con la presencia física ante el notario, se previó mediante el (parcialmente derogado)¹⁶⁹ artículo 5¹⁷⁰ del Real Decreto Ley 13/2010, de 3 de diciembre¹⁷¹. No obstante, ni para la anónima ni para la comanditaria por acciones

166 Preservando el nivel de control actual, precisaría ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “Presentación crítica de la Propuesta de la Comisión Europea sobre digitalización y operaciones transfronterizas (traducción del post en *European Law Blog*)”, *Blog Hay Derecho*, 27 junio 2018.

167 Por ejemplo, FUENTES NAHARRO, M.: “La digitalización del derecho de sociedades...”, op. cit., en línea con la doctrina alemana que cita en la nota a pie de página nº 23.

168 Como argumenta el notario ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “Fe pública...”, op. cit., p. 17, que: “*en nuestro país la constitución de SA es muy excepcional*”, por lo que “*parecería lógico excluirlas de un régimen pensado para facilitar las constituciones sencillas*”.

169 Derogado de forma parcial por la letra d) de la disposición derogatoria de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (BOE nº 233, 28 septiembre 2013).

170 Rubricado: “Medidas para agilizar y simplificar la constitución de sociedades mercantiles de capital”.

171 De título: “de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadora para fomentar la inversión y la creación de empleo”. BOE nº 293, 3 diciembre 2010.

fue efectivo en la *praxis* el sistema telemático CIRCE (o Centro de Información y Red de Creación de Empresas), en virtud de dicho precepto. Por ello, la virtualidad de esa previsión legal solo tuvo reflejo en el papel del BOE. Para tratar de alcanzar virtualidad práctica, con la transposición de la nueva Directiva comunitaria pudiera aprovecharse para que la constitución en línea (esta vez, sin presencias físicas) no solo alcanzase a las limitadas (aunque abundan y sean más sencillas) sino también a las anónimas (y a las comanditarias por acciones, mientras se mantenga este tipo social en desuso); que, aunque suelen ser, no solo son acogidas por las grandes empresas. La previsión de la digitalización de la constitución también para esta otra forma social de la anónima (ideada, pero no restringida, para las grandes empresas) no tendría por qué excluir la constitución presencial tradicional. La elección entre una y otra forma de constitución (telemática o presencial) quedaría, en tal caso, a la decisión del socio o de los socios fundadores. Conforme a la nueva Directiva, cada Estado miembro puede decidir no excluir el sistema presencial tradicional¹⁷² y convendría que decidiera no excluirlo¹⁷³, al menos, para constituir una sociedad anónima (o, en su caso, una comanditaria por acciones, aunque estas no proliferen en la práctica mercantil¹⁷⁴).

Para el supuesto de que España finalmente no previera, ni siquiera de forma opcional, el procedimiento en línea para la anónima (ni para la comanditaria por acciones), como permite la Directiva, ni tampoco se previera para la sociedad limitada con suscripción del capital social mediante aportaciones en especie, como también se permite excluir¹⁷⁵, la constitución en línea restringiría su campo de actuación a la sociedad limitada con aportaciones dinerarias.

La justificación de la posibilidad de exclusión de las “contribuciones en especie” estaría¹⁷⁶ en el riesgo del blanqueo de capitales, al no utilizarse la

172 Con base en el Considerando 8º y el apartado quinto del artículo 16 *undecies*, NAHARRO FUENTES, M.: “La digitalización del derecho de sociedades...”, op. cit., desarrolla esta idea de la opcionalidad en su apartado (3.1) sobre imperatividad.

173 En este sentido, antes que nosotros, se indicaría en: *ibidem* que: “*el legislador español no debería imponer los procedimientos digitalizados como única opción (exclusiva y excluyente) de acceso al registro mercantil*”.

174 De conformidad con los datos que recoge el INE en su *web* (en el apartado: “Empresas activas. Resultados nacionales. Empresas por estrato de asalariados y condición jurídica”), había setenta sociedades comanditarias (sin diferenciar entre comanditarias simples y comanditarias por acciones) en 2019 y habían sido ochenta y una en 2018.

175 En el artículo 13.octies.4º, d).

176 Según indica ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “Fe pública...”, op. cit., p. 18.

intermediación bancaria para el depósito del capital social. No obstante, en las sociedades de responsabilidad limitada la asunción de responsabilidad solidaria de los fundadores frente a la sociedad y frente los acreedores sociales por la realidad, el valor¹⁷⁷ y, se añadiría, la procedencia no fraudulenta de las aportaciones no dinerarias sería, en nuestra opinión, suficiente para no ejercer, en caso de aportación *in natura*, la cláusula de exclusión de la constitución en línea.

El proceso por completo digital de constitución societaria será, como mínimo, para las sociedades limitadas con capital social suscrito mediante aportaciones dinerarias. Si algún día se previesen y rigiesen en nuestro sistema jurídico las sociedades simplificadas (siendo más simplificadas que las sociedades limitadas o siendo sociedades limitadas simplificadas) –sobre las que en el capítulo anterior de esta obra tuvimos ocasión de reflexionar–, el proceso de constitución digital debería ser para ellas. Debería ser para ambas, limitadas y simplificadas, si ambos tipos sociales concurrieran en competencia. Debería ser para las simplificadas con personalidad jurídica y responsabilidad limitada, si las simplificadas sustituyeran a las limitadas o si las limitadas se reformularan como simplificadas, como en una de las opciones en el capítulo previo se planteaba. Sea en uno u otro caso, en la tramitación por completo digital de una sociedad simplificada opinamos que podría faltar la intervención notarial, ni presencial ni digital. Se asemejaría, así, a la sociedad civil, donde puede faltar, salvo aportación de bienes inmuebles o de derechos reales. El control de legalidad del acto constitutivo de esa sociedad simplificada y, en su caso, de sus reformas, recaería, en tal caso, en el registro mercantil¹⁷⁸.

Sin documento público, por instrumento privado, salvo en el supuesto de aportaciones de bienes registrables, se constituye la SAS francesa. Por influencia suya, se permite crear la SAS colombiana por contrato o acto unilateral en documento privado; quedando la escritura pública como una formalidad voluntaria, salvo si hay una aportación de un bien inmueble¹⁷⁹. Alternativa y positivamente, por instrumento público o privado, se permite la constitución de la SAS argentina; bien que, en este último caso, con la firma de los socios

177 En virtud del artículo 73 LSC.

178 Como así se indica en el artículo 6 de la Ley modelo de la OEA sobre la SAS. Véase *infra* la nota a pie de página n° 183.

179 Artículo 5 de la Ley 1.258 de 2008, como antes el artículo 22 de la Ley colombiana 1014 de 2006 de fomento a la cultura del emprendimiento (Diario Oficial n° 46.164, de 27 de enero de 2006). Vid. REYES VILLAMIZAR, F.: SAS..., op. cit., pp. 8, 91, 95 y 178.

certificada “en forma judicial, notarial, bancaria o por autoridad competente del registro público respectivo”¹⁸⁰. Sin exigencias ni de escritura pública, ni de póliza ni de “cualquier otra formalidad adicional”, se permite y favorece la constitución de la SAS en el ordenamiento mexicano¹⁸¹. La Ley modelo de la OEA sobre la SAS permite, en este sentido, la creación “mediante contrato o acto unilateral que conste en documento privado, inscrito en el registro mercantil”¹⁸², encargado del control de legalidad¹⁸³.

Se reitera que la sociedad por acciones simplificada colombiana, inspirada por la francesa, inspira tanto la sociedad por acciones simplificada de la Ley modelo de la OEA como la ERL-CNUDMI y esta última la sociedad simplificada desde aquí trazada. En trazos comunes con todas ellas, plantearíamos su creación mediante un documento privado. Ahora bien, si en el territorio español la eliminación de la obligatoria intermediación notarial fuese un elemento debatido y controvertido –por estar apegado a nuestra tradición de “notariado latino”–¹⁸⁴, habríamos de cambiar de opinión. Pasaríamos a opinar y justificar el mantenimiento de la intervención del notario en el supuesto de que su no mantenimiento se convirtiese en una traba para que se incorporara la sociedad simplificada en nuestro ordenamiento jurídico-societario interno. Para justificar el cambio de opinión diríamos que la clave no es tanto si la constitución se hace por un documento público o por un instrumento privado cuando la constitución es mediante la digitalización de toda la tramitación, incluida la fase notarial. Diríamos, en cambio, que la clave es la suma de la digitalización de la constitución más la simplificación y flexibilidad en la configuración, organización y funcionamiento societario. Recuérdese que, con esta ecuación sumatoria, las sociedades simplificadas y digitalizadas serían un molde jurídico idóneo (no solo) para las nuevas empresas innovadoras o *start-up*.

Hasta que no se regulen o en el caso de que nunca se regulen las socie-

180 Artículo 35, primer párrafo, de la Ley 27.349. Vid., *ad ex.*, VÍTOLO, D. R.: *Ley 27.349...*, op. cit., pp. 121-122.

181 Artículo 262.IV, 2º párrafo, de la Ley general de sociedades mercantiles, tras la reforma de 14 de marzo de 2016. Indica LEÓN TOVAR, S. H.: *SAS...*, op. cit., p. 80, que para la constitución de una SAS mexicana es opcional la intervención del fedatario público.

182 En la literalidad del artículo 5 de la Ley modelo de la OEA.

183 El artículo 6 de la Ley modelo de la OEA expresa que: “*El registrador mercantil ejercerá un control de legalidad respecto del acto constitutivo y sus reformas*”.

184 En expresión que usa, por ejemplo, el notario J. I. GOMEZA VILLA, de Mega-Consulting asesores, SL, el 13 de marzo de 2007 (en Mega-consulting.com).

dades simplificadas aquí planteadas, la digitalización de la constitución será (pronto, si se cumple con el plazo inicial o prorrogado de transposición de la Directiva), al menos, para las sociedades limitadas.

En esa tramitación digital cumplirán un papel principal, de un lado, los formularios tipo¹⁸⁵ y, de otro lado, la ventanilla única empresarial virtual y una aplicación informática que permita la interacción digital con el notario¹⁸⁶.

Por una parte, habría que resaltar que el formulario tipo, a modo de “formulario único integrado”¹⁸⁷, tendría que ser fácilmente accesible por medios electrónicos, habilitando –como en España hace tiempo que está habilitado¹⁸⁸– un modelo uniforme de estatutos sociales (y de escritura de constitución)¹⁸⁹. El modelo orientativo habría de ser autorrellenable con posibilidad de personalización de manera electrónica, ágil y sencilla para su plena adaptación a las necesidades y peculiaridades de cada proyecto empresarial. El asesoramiento jurídico a los socios fundadores mediante un “encuentro

185 Al empleo de los formularios tipos para la inscripción registral empresarial se alude en el apartado II.D y en la recomendación 8ª de la guía legislativa de la CNUDMI (pp. 21-22). Antes de la versión definitiva de esta guía, respecto de los formularios tipo, podían leerse, verbigracia, la Nota de la Secretaría de la CNUDMI de 10 de agosto de 2015, páginas 9-10; o la de 10 de abril de 2018, páginas 12-13, 19, 30.

186 La mención a una aplicación informática que posibilite la interacción y la realización de preguntas al notario se hace en: ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “Fe pública...”, op. cit., p. 20.

187 Páginas 12 y 13 de la Nota de la Secretaría de la CNUDMI de 10 de abril de 2018. En general, a los formularios o modelos tipo para la constitución en línea se refiere el artículo 13 *nonies* de la Directiva de 2017 modificada por la Directiva de digitalización de 2019.

188 Por Orden JUS/1840/2015, de 9 de septiembre, se aprueba el modelo de escritura pública en formato estandarizado y campos codificados de la sociedad de responsabilidad limitada, así como la relación de actividades que pueden formar parte del objeto social (BOE nº 219, 12 septiembre 2015). Ello en concordancia con el Real Decreto 421/2015, de 29 de mayo, por el que se regulan los modelos de estatutos-tipo y de escritura pública estandarizados de las sociedades de responsabilidad limitada, se aprueba modelo de estatutos-tipo, se regula la agenda electrónica notarial y la bolsa de denominaciones sociales con reserva (BOE número 141, 13 junio 2015).

189 A los modelos para la constitución en línea de las sociedades aluden los artículos 13º *octies* y *nonies* de la Directiva (UE) 2017/1132, en relación con el Considerando 18º de la Directiva de digitalización. Antes, a los “modelos en línea de escrituras de constitución” se refirió el artículo 13 *octies* que planteó la propuesta de Directiva de digitalización, de 25 de abril de 2018, de forma añadida a los modelos de estatutos disponibles en línea (Considerando 11º) como opción para su utilización o personalización *ad hoc*.

virtual” por videoconferencia se ha previsto por parte del Consejo General del Notariado que se realice por el notario para esa adaptación del contenido de la escritura pública electrónica a las particularidades que requiera el proyecto empresarial¹⁹⁰.

Por otra parte, alusión a las ventanillas únicas, como interlocutor único para la simplificación de la vida empresarial, hubo en la *Small Business Act* que dictara la Comisión europea en junio de 2008¹⁹¹ y revisara en febrero de 2011¹⁹². Allí se describieron como lugares donde “obtener toda la información pertinente y cumplimentar por vía electrónica todas las formalidades y los procedimientos necesarios”¹⁹³. Nueva alusión a la ventanilla única o “interfaz única”, a modo de plataforma electrónica común para la inscripción de las empresas en el registro y la comunicación con otras autoridades competentes (como las fiscales o las laborales), hay en la documentación que plasma los trabajos que el grupo de trabajo I de la CNUDMI ha llevado a cabo para formular la examinada guía legislativa sobre los principios fundamentales del registro de empresas¹⁹⁴.

190 Como se dispone en el gráfico-esquema preparado por el Consejo General del Notariado al que aludíamos *supra* en la nota a pie de página n° 146.

191 La alusión a las ventanillas únicas se plasmó en la página 11 de la redacción originaria de la SBA.

192 En orden a evaluar los progresos alcanzados, detectar los obstáculos persistentes y los desafíos pendientes y examinar las nuevas necesidades (pp. 2-3), la revisión de 2011 de la SBA alentaba (en la página 9) a los países miembros a establecer un interlocutor único mediante las ventanillas únicas.

193 Como indicábamos en: GARCÍA MANDALONIZ, M.: “Hacia un sistema único...”, op. cit., nota a pie de página n° 190, “*en el desarrollo de las ventanillas únicas, como “portales de administración electrónica de fácil utilización para el usuario”*”, se incidiría en la revisión de 2011 de la SBA (p. 8). La creación de las ventanillas únicas, configurando la denominada “Red EUGO”, fue una de las obligaciones establecidas en la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (DO L 376, 27 diciembre 2006), más conocida como: “Directiva de servicios”. Con posterioridad su impulso se vino manteniendo por el plan de acción europeo *e-Government* 2011-2015 (SEC (2010) 1539 final; COM (2010) 743 final, 15 diciembre 2010, 16 pp.), por la agenda digital en Europa y por las agendas digitales de los Estados miembros.

194 Así, en la Recomendación n° 14 del texto definitivo de la guía legislativa de la CNUDMI, como también en el párrafo noveno de la introducción (página 4, o página 7) o en los párrafos 25, 57 y 86 y siguientes. En los párrafos 90 y 91 (páginas 41 y 42) se diferencian dos modalidades: “ventana única” o “mostrador único”, con un alto nivel de

Con tecnologías que presten servicios con confianza, veracidad y validez conforme a la legislación interna y europea¹⁹⁵; con el uso de un “identificador único” de cada empresa¹⁹⁶; con unos formularios tipo de estatutos autorrellenables, personalizables y enviables por vía electrónica para su elevación a escritura pública digital, que, a su vez, sea enviable *online* al registro mercantil¹⁹⁷; y con una ventanilla única virtual accesible desde cualquier geografía y apta desde cualquier dispositivo móvil se caminaría en dirección hacia el sistema electrónico eficiente de constitución de las sociedades mercantiles que sugiere la CNUDMI.

Ese sistema eficiente será en España, como mínimo, para las sociedades limitadas y, si algún día apostara nuestro legislador por las sociedades simplificadas por las que nosotros apostamos, convendría que fuese también para ellas. Ahora bien, a nuestro parecer, para las sociedades simplificadas habría que persistir en el debate del papel del notario como obstáculo o como garantía¹⁹⁸ si su constitución desease simplificarse al máximo; como al máximo es

integración de los organismos competentes, y “puerta única”, con un espacio compartido en el que la solicitante trata a cada organismo por separado. Entre las ventanillas únicas en oficinas físicas o las ventanillas en plataformas electrónicas comunes se apuesta por las plataformas digitales para el mejor aprovechamiento de las ventajas de las TIC.

195 Como sucede en el ecosistema de *blockchain* ALASTRIA, que se presenta en su página *web* como el “*primer consorcio multisectorial promovido por empresas e instituciones [también notariales] para el establecimiento de una infraestructura semipública permitida blockchain que soporte servicios con eficacia legal en el ámbito español y acorde con la regulación europea*”, y donde se manifiesta que “*la “Red ALASTRIA” va acompañada del estándar de identidad digital “ID ALASTRIA” para que las transacciones sobre la Red ALASTRIA puedan tener validez legal*”.

196 Páginas 5 (apartado B: “Terminología”) y 45 y siguientes (correspondientes a los párrafos 98 y siguientes) de la guía legislativa de la CNUDMI.

197 En el gráfico diseñado por el Consejo General del Notariado (cuya referencia se halla *supra* en la nota a pie de página nº 146), sobre el futuro proceso de constitución *online* de las sociedades limitadas, consta que, tras la firma electrónica de la escritura pública, el notario hará el envío *online* de la escritura pública al registro mercantil.

198 Aunque no referido específicamente a una sociedad simplificada sino, en general, a una sociedad limitada, se puso sobre la mesa el debate en torno al papel de registro mercantil como “*obstáculo o garantía*”, en una tramitación electrónica en la que participa el PAE dentro del CIRCE, y el debate del papel del notario, cuando se emplean modelos orientativos de estatutos sociales, en: HIERRO ANIBARRO, S.: “Simplificar la fundación de sociedades”, en HIERRO ANIBARRO, S. (dir.): *Simplificar el derecho de sociedades*, Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 248.

simple, por libre de forma, la constitución de una sociedad civil, en la que no hay necesidad de escritura pública, salvo aportación de un bien inmueble o un derecho real¹⁹⁹.

Con independencia de tal debate, la eficiencia del sistema electrónico de constitución de las sociedades, al menos, limitadas se dotaría de accesibilidad, economicidad, fiabilidad y agilidad para la formalización del emprendimiento. El principio de agilidad o celeridad que, por la doctrina, en ocasiones, ha sido puesto en duda²⁰⁰, nosotros (no solo nosotros)²⁰¹ lo alabamos. La alabanza es porque consideramos que velocidad es lo que precisa la formalización del emprendimiento más innovador, para el que la reducción de los plazos y los pasos de constitución es prioritaria en un entorno económico cada día más presto o vivaz.

El derribo de las barreras jurídicas que puedan obstaculizar –por número de trámites, costes y tiempos– un rápido y fácil registro de una empresa a través de un sistema por completo digital supondrá avanzar en la digitalización de la legislación. No obstante, no solo la reducción de los plazos y tiempos, mediante la digitalización, del proceso de constitución societaria será suficiente para el emprendedor. De manera añadida se precisaría la simplificación y la agilización de los trámites y la documentación requerida para obtener las autorizaciones o licencias administrativas precisas para la puesta en marcha de una empresa. No en pocas ocasiones los trámites administrativos (además de los fiscales, los laborales y de la Seguridad Social) retrasan la puesta en marcha del negocio. Su agilización se torna necesaria para la eficacia de las medidas a la que aspira la Directiva de digitalización²⁰².

199 Artículo 1667 del Código Civil.

200 Recientemente, puesto en duda en: FUENTES NAHARRO, M.: “La digitalización del derecho de sociedades...”, op. cit.; citando a: ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “Proposal regarding...”, op. cit., p. 157. Este último autor insiste, no obstante, en que hay que reducir tanto los tiempos como los costes, aunque precisando que una pequeña diferencia de minutos o de días no implica graves problemas para una empresa. En nuestra opinión, una diferencia de minutos es cierto que no provoca ningún problema. Una diferencia de días, dependiendo de cuántos días sean, no lo suele provocar, pero en algún caso podría llegar a provocarlo.

201 También se alaba, por ejemplo, en: CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, L.: “La sociedad privada unipersonal de RL europea: ¿qué pasa con el ERL?”, *El Blog de Luis Cazorla*, cuando indicó que la agilización de la constitución societaria es una “verdadera asignatura pendiente en nuestro ordenamiento para fomentar la iniciativa empresarial”.

202 En este sentido, aunque respecto de la propuesta de esta Directiva anterior a la

El Considerando decimoséptimo de esta Directiva de 2019 y el artículo 13 *octies*, apartado quinto, de la Directiva de 2017 que modifica imponen a los Estados miembros que no supediten la constitución a la obtención de una licencia o autorización previa, salvo que así lo prevea el derecho nacional para la “supervisión adecuada de determinadas actividades”.

En el Estado español, en lugar de la licencia previa o cualquier otro control administrativo preventivo, la posibilidad para el emprendedor de hacer una comunicación previa (para comunicar sus datos identificativos)²⁰³ y una declaración responsable²⁰⁴ parecería, en la teoría, ser capaz en la actualidad de cumplir con aquel objetivo principal de agilizar la tramitación administrativa para el ejercicio de una actividad empresarial. En la práctica, sin embargo, tal teoría se ve contradicha. La contradicción surge porque la comprobación posterior de la Administración, en buen número de ocasiones, se alarga en demasía²⁰⁵. Esa comprobación o control posterior cuando se alarga en el tiempo provoca inseguridad jurídica; en tanto, tras el control, pudiera constatarse que no se estaba ejercitando la actividad empresarial de acuerdo con la normativa administrativa²⁰⁶. Al control suele ir anejo, además, la solicitud de un elevado número de documentación justificativa²⁰⁷; aparte del cobro de las tasas municipales, variables entre las localidades²⁰⁸.

Por todo ello, si en el pasado la previa licencia se alzaba en una barrera previa a la puesta en marcha de la actividad empresarial, en el presente el control posterior se alza en una barrera ulterior cuando se dilata en el tiempo y se solicita una ingente documentación. Para derribar esta traba posterior, los expertos²⁰⁹ piden dotar de más medios económicos y humanos a la Admi-

versión definitiva, léase: ÁLVAREZ ROYO-VILLANUEVA, S.: “Proposal regarding...”, op. cit., p. 153.

203 De acuerdo con el artículo 66.1 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE nº 236, 2 octubre 2015).

204 En la definición del artículo 3 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (BOE nº 283, 24 noviembre 2009).

205 Vid. EQUIPO DE VÉLEZ DORADO: “La declaración responsable administrativa: concepto y problemática”, *Abogados y Urbanistas Vélez Dorado*, 2 marzo 2017.

206 *Ídem*.

207 *Ídem*.

208 Vid. ARDALÁN, J.: “Malas noticias para los emprendedores: a pesar de las reformas, España es el país más caro de la UE para abrir una empresa”, *Intelligence & Capital News Report*, 30 septiembre 2015.

209 Así, en: EQUIPO DE VÉLEZ DORADO: “La declaración responsable...”, op. cit.

nistración autonómica y local. Si así se dotara y esa dotación provocara agilidad con seguridad en la puesta en marcha empresarial, estaríamos en España en sintonía con la querencia de la CNUDMI de acabar con la “reglamentación onerosa y [...] los costosos procedimientos que imponen los Estados a las empresas para ingresar en el sector reglamentado”, con la vista puesta en estimular “el crecimiento económico, la protección social y la inclusión”²¹⁰.

La propuesta de acabar con la “reglamentación onerosa” para ingresar el emprendedor en el mercado formal o formalizado la acompaña la CNUDMI con la propuesta de configurar una entidad simplificada con personalidad jurídica y responsabilidad limitada. A partir de ambas propuestas, el principio de simplificación entra de lleno no solo en la constitución societaria sino también en la configuración y en la organización societaria. La aspiración hacia la simplificación no puede detenerse en el momento de la fundación de la sociedad. Una vez fundada, ha de extenderse hacia la organización interna y al funcionamiento de los órganos sociales²¹¹. De analizar la simplificación y la digitalización de la constitución de la sociedad nos hemos ocupado en el presente capítulo (el cuarto). En el anterior (el tercero) tuvimos ocasión de detenernos en la simplificación de la configuración hasta delinear los caracteres principales de una sociedad simplificada y las propuestas para su encaje dentro del derecho societario (o, incluso, fuera de él). En los dos capítulos posteriores a este, continuaremos con la digitalización, que va unida a la simplificación, en lo que se refiere a la organización, la decisión y la gestión. Hacia la digitalización y, si cabe, hacia la *blockchainización* del órgano decisorio y de la ejecución de la decisión a través del órgano de administración avanzaremos, respectivamente, en los capítulos quinto y sexto que se encargarán de echar el cierre final al presente trabajo de investigación.

210 Conforme a la página 10 de aquel documento citado de la CNUDMI.

211 Así, también: HIERRO ANIBARRO, S.: “Una introducción a la simplificación...”, op. cit., p. 20.

HACIA LA DIGITALIZACIÓN EN LA ORGANIZACIÓN Y DECISIÓN SOCIETARIA¹

Desde el virus hasta la idea.

SPINNEY, L.: *El jinete pálido. 1918: La epidemia que cambió el mundo*, Barcelona: Crítica, febrero de 2018, p. 17.

El proceso de simplificación y, al tiempo, de digitalización del derecho societario no puede detenerse en la tramitación para la constitución de una sociedad. Una vez constituida regularmente, ha de penetrar en el funcionamien-

1 El análisis de la junta general electrónica fue abordado previamente por la autora en las siguientes publicaciones colectivas: GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T.: “La inquebrantabilidad del principio de unicidad en la junta general electrónica”, *Revista de la Contratación Electrónica*, n° 57, febrero 2005, pp. 63-86 (también después se publicaría en: *Foro de Derecho Mercantil. Revista Internacional*, n° 17, octubre-diciembre 2007, pp. 81-103); GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T.: “Nuevas normas en el imparable proceso de electrificación del derecho societario”, *Revista de la Contratación Electrónica*, diciembre 2005, n° 66, pp. 53-63; GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T.: “El impacto de las nuevas tecnologías en las sociedades mercantiles”, en ETCHEVERRY, R. A.; ILLESCAS ORTIZ, R. (dirs.): *Comercio electrónico. Estructura operativa y jurídica*, Buenos Aires: Hammurabi, julio 2010, pp. 49-118. Una década después se revisan, actualizan y completan aquellos análisis con este capítulo quinto de la presente investigación. La actualización encuentra su primer origen en la conferencia que la autora pronunció en el Congreso internacional de Derecho mercantil celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, en Guadalajara (México), el 25 de octubre de 2018 y cuyo resultado escrito se plasmó en: GARCÍA MANDALONIZ, M.: “Hacia la junta (asamblea) general electrónica”, *Revista Perspectiva Jurídica*, n° 11, semestre II 2018, pp. 67-110. Tras esa primera actualización, se procedió a revisar y completar la documentación para la ponencia titulada: “El impacto de la transformación digital en el derecho de sociedades: ejercicio de los derechos del socio y adopción de acuerdos en redes automáticas”; dictada en la Universidad Pontificia de Comillas (ICADE) dentro del seminario “*Robótica y empresa: desafíos, talento y digitalización global*”, organizado por la Cátedra Garrigues y el Observatorio Fintech Everis Comillas, el 30 de septiembre de 2019.

to de los órganos sociales². La aplicación de la tecnología para una ágil toma de decisión y de ejecución afecta tanto a la junta general como al órgano de administración. En este avance en la incorporación de las TIC en el funcionamiento de los órganos societarios quisiéramos en el capítulo que con estas líneas da comienzo hacer hincapié en la junta general³, como máximo órgano de deliberación y decisión para la formación de la voluntad soberana de la sociedad.

Nuestra reflexión en esta disertación ha de (a)tender a un enfoque legislativo innovador sustentado en el empleo sin cortapisas legales ni registrales de las TIC, en tanto sus funcionalidades son indudables en el funcionamiento de los órganos sociales y, en especial, de la junta general: la aceleración del tiempo, la facilitación de la forma y de las funciones, y la desmaterialización del lugar⁴. La reflexión para la incorporación de la tecnología hacia la aceleración, la facilitación y la desmaterialización de la junta nos conducirá hacia la junta general virtual y, más allá, hacia la junta general “*blockchainizada*”, pero antes y después también hacia escenarios sin junta. Para arribar a cada una de estas metas inicial, intermedia y final, conviene repasar la situación regulatoria actual para enfrentarla con la situación práctica real.

1. Sin junta general

El derecho societario interno ha ido mostrando desconfianza ante la implantación del sistema de adopción de acuerdos sin sesión⁵. Esta susceptibilidad se debe al entendimiento de que la sesión permite formar la voluntad social con el debate y la deliberación⁶. El artículo 100.1 del Reglamento del Registro Mercantil admite “la adopción de acuerdos por correspondencia o

2 Como bien atisbara HIERRO ANIBARRO, S.: “Una introducción a la simplificación...”, op. cit., pp. 20-21.

3 Sobre el impacto de las TICs en las juntas generales, puede leerse en extenso: RECALDE CASTELLS, A. J.: “Incidencia de las tecnologías de la información y comunicación en el desarrollo de las juntas generales de las sociedades anónimas cotizadas”, *Indret*, nº 3, 2007, pp. 39 pp. (también publicado en: *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal: Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, vol. II, Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 1059-1088).

4 Como así comentara la profesora RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL en: GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T.: “La inquebrantabilidad del principio de unicidad...”, op. cit., p. 64.

5 *Ibidem*, p. 76.

6 *Ídem*.

por cualquier otro medio que garantice su autenticidad”⁷. Pero la admisión sin equívocos es solo para las sociedades mercantiles personalistas⁸. Consolidada está la interpretación doctrinal que ve factibles los acuerdos sin sesión en las sociedades comanditarias simples o en comandita y en las sociedades regulares o colectivas, por no prohibirlo ni expresa ni tácitamente el Código de comercio que todavía las regula (desde 1885) y por contar con aquel respaldo reglamentario. Aunque, en realidad, como puntualizara el profesor ALFARO, “no hay rastro en la legislación sobre sociedades de personas de una junta general de socios”⁹; al menos, conforme la junta es entendida para las sociedades mercantiles de capitales.

Para las sociedades capitalistas parecería, en cambio, prohibida la adopción de acuerdos sin sesión, en tanto al regular la ley de sociedades de capital la junta general presupone la reunión de los socios. El artículo 159 LSC se refiere a los acuerdos que adoptan los socios que están “reunidos en junta general”. De esta expresión se colegiría, en principio, el carácter necesario de la junta. La junta ha sido definida y caracterizada por la doctrina como una reunión de socios¹⁰.

El respaldo legal expreso con que en su primera legislación (de 1953) con-

7 Su artículo 100.1 dispone literalmente lo siguiente: “Cuando la ley no impida la adopción de acuerdos por correspondencia o por cualquier otro medio que garantice su autenticidad, las personas con facultad de certificar dejarán constancia en acta de los acuerdos adoptados, expresando [...] el sistema seguido para formar la voluntad del órgano social de que se trate”. Ante tal precepto, RUIZ-GALLARDÓN, M.: “Derecho de sociedades e Internet”, en MATEU DE ROS, R.; LÓPEZ-MONÍS GALLEGU, M. (coords.): *Derecho de Internet. La Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, Navarra: Aranzadi, 2003, p. 608, entendió que el sistema de adopción de acuerdos sin sesión sólo era válido, aparte de en el ámbito del consejo de administración, para las juntas de las sociedades colectivas y comanditarias simples, debido a que la ley no se lo prohíbe ni de modo expreso ni tácito para ellas. Implícitamente, en cambio, sí se prohibiría para los tipos sociales capitalistas porque en su régimen jurídico la junta presupone la reunión de los socios; conforme destacamos en el texto principal.

8 *Ídem*; citado en: GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T.: “La inquebrantabilidad del principio de unicidad...”, *op. cit.*, p. 67.

9 En la literalidad de las palabras de ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “El carácter necesario de la junta y su celebración “por escrito y sin sesión”, *Blog Almacén de Derecho*, 26 enero 2018.

10 Vid. BROSETA PONT, M.; MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho mercantil*, 26ª ed., vol. I, Madrid: Tecnos, 2019, p. 466, aludiendo a la siguiente definición del profesor URÍA: reunión de socios “*debidamente convocada, para deliberar y decidir por mayoría sobre determinados asuntos sociales propios de su competencia*”.

taban las sociedades de responsabilidad limitada (de menos de quince socios), que no lo hubieran prohibido en sus estatutos, para adoptar los acuerdos sin sesión por correspondencia postal o telegráfica, o por cualquier otro medio que garantizase la autenticidad de la voluntad declarada¹¹ desaparecería con la ley que las reguló a partir de 1995¹². Tal desaparición se mantiene con la LSC que, desde el año 2010 y hasta el presente, las rige.

Tan solo una excepción legal para las sociedades de capitales pluripersonales podría interpretarse que se contiene en la actualidad. Se trata de la junta universal. En ella, estando presente todo el capital social, los asistentes acuerdan por unanimidad su celebración, sin previa convocatoria (formal) y en cualquier lugar del territorio nacional o del extranjero¹³. En la práctica son habituales las juntas universales. Entre ellas, se advierte la *praxis* usual en las sociedades con bajo número de socios y de corte familiar de la adopción de acuerdos sin la celebración siquiera de una reunión y con la mera formalización de los acuerdos por escrito¹⁴. En efecto, está ampliamente extendida la práctica de no celebrar una reunión en las pequeñas y cerradas sociedades limitadas, formalizando por escrito los acuerdos (por ejemplo, de modificación de los estatutos) cuando han de inscribirse en el registro mercantil provincial¹⁵. Ahora bien, la doctrina discute si son admisibles legalmente las juntas

11 Por haberse suprimido el artículo 14, párrafo segundo, que en la (derogada) Ley de sociedades limitadas de 17 de julio de 1953 indicaba que: “*el acuerdo social podrá adoptarse por correspondencia postal o telegráfica, o por cualquier otro medio que garantice, con arreglo a la Ley o a la escritura, la autenticidad de la voluntad declarada*”.

12 Esto es, la (derogada) Ley 2/1995, de 23 de marzo.

13 Artículo 178 LSC.

14 Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El carácter necesario de la junta...”, *op. cit.* De modo similar, en: ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “La junta, los acuerdos sociales, la prohibición de la unanimidad y el reconocimiento de derechos de veto a los socios”, en JUSTE MENCÍA, J.; ESPÍN GUTIÉRREZ, C. (coords): *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital. Liber amicorum Fernando Rodríguez Artigas, Gaudencio Esteban Velasco*, Navarra: Aranzadi, 2017. También, LARGO GIL, R.: “La junta universal sin sesión”, en FERNÁNDEZ TORRES, I. (et al.) (coords.): *Derecho de sociedades y de los mercados financieros. Libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, Madrid: Iustel, 2018, p. 501.

15 Ampliamente sobre esta práctica societaria, argumentaría ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El carácter necesario de la junta...”, *op. cit.*: “*Sólo cuando alguno de los acuerdos ha de inscribirse en el Registro Mercantil, el control –indebido a mi juicio– por parte del Registro de la regularidad de la adopción de acuerdos lleva a los socios a formalizar el acuerdo adoptado “sin sesión” en un documento que, al modo de “acta de decisiones del socio único” es poco más que un acta de las decisiones adoptadas por todos los socios,*

universales sin sesión¹⁶ porque, como puntualizara la profesora LARGO GIL, “sin sesión no hay junta universal”¹⁷.

La previa convocatoria formal y la reunión en el municipio del domicilio social, salvo disposición en contra de los estatutos o salvo junta universal, “es desproporcionada para sociedades de pocos socios donde sería útil dar libertad a los socios para tomar las decisiones sociales sin necesidad de convocarlos y de reunirse formalmente”, en opinión (aquí compartida) del profesor ALFARO¹⁸. Para él (también para nosotros) “el carácter necesario de la junta como reunión formal para la válida adopción de acuerdos ha de revisarse”. La revisión ahorraría costes y tiempos en el proceso de adopción de los acuerdos sociales¹⁹. No obstante, hasta que se revise –cuando acepte (si acepta) el legislador un sistema de adopción de los acuerdos sin reunión– no parece que estemos, si no hay sesión, ante una junta propiamente dicha sino ante una junta aparente o ficticia²⁰; en la que se estaría “incurriendo muy presumiblemente en falsedad” en la formalización del “acta de una reunión que nunca existió”, como bien advirtiera el profesor RODRÍGUEZ ARTIGAS²¹.

Para que la extendida práctica de la adopción de los acuerdos sin sesión y, por tanto, sin junta (“ni universal ni propiamente dicha”)²² no dé lugar a la responsabilidad penal de los administradores por falsedad en documento privado²³, convendría que la legislación admitiera indubitadamente los acuerdos

eso sí, obligando a los particulares a “mentir” porque han de expresar que se reunieron efectivamente en un día y en un lugar concreto cuando lo habitual es que el administrador redacte el acta y recoja las firmas de los socios sin que se haya celebrado reunión alguna”.

16 Las admitirían ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “El carácter necesario de la junta...”, *op. cit.*; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: “La junta general en la encrucijada”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (et al.) (coords): *La junta general de las sociedades de capital (cuestiones actuales)*, Madrid: Colegio Notarial de Madrid, 2009, pp. 19-35. Las rechazaría, en cambio, LARGO GIL, R.: “La junta universal sin sesión...”, p. 501.

17 *Ibidem*, pp. 501-511 y, en especial, p. 511.

18 *Ídem*.

19 *Ídem*.

20 En calificativos recogidos en: *ibidem*, p. 508.

21 Vid. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: “La junta general en la encrucijada...”, *op. cit.*, p. 23.

22 “Muchas de estas juntas, no son ni universales ni juntas propiamente dichas”, refrendaría PASCUAL, J.: “¿Es posible un verdadero sistema digital de adopción de acuerdos sociales? ¿Cómo?”, *CySae.com*, 30 agosto 2018.

23 En *ibidem* se nombran “casos extremos” de responsabilidad penal por falseamiento de las actas, encajable en el tipo penal regulado en el artículo 395.1 del Código Penal de

sin junta, entendida como una reunión física de los socios²⁴. Con esa admisión legal, cabría decidir sin reunir. La decisión sin reunión sería, entonces, sin interpretaciones extensas y sin trabas legales.

Están admitidos por ley y sin discusión los acuerdos sin reunión para las agrupaciones de interés económico –de tintes personalistas, a las que se aplica supletoriamente el régimen jurídico de las sociedades colectivas²⁵– por disponer el artículo 10.1 de la Ley 12/1991 que “los acuerdos podrán adoptarse [...] por correspondencia o por cualquier otro medio que permita tener constancia escrita de la consulta y del voto emitido por los socios”²⁶. Entre esos otros medios que permitan dejar constancia escrita de la consulta y el voto bien pudieran estar los medios electrónicos.

Lo que desde estas primeras líneas se propondría es que el escenario legal permisivo de la adopción de los acuerdos sociales sin reunión se expandiese desde las agrupaciones de interés económico hasta las sociedades de responsabilidad limitada y, en general, hasta las pequeñas sociedades de capitales para acabar con incertidumbres y para ganar en seguridad jurídica ante una práctica alejada de la legalidad. Para esas sociedades, sería la no sesión. También lo sería para la sociedad simplificada, si algún día esta figura se aprobara.

La expresa admisión legal de un sistema de adopción de acuerdos sociales sin la formalidad exigida a la junta general y sin la necesidad de una reunión en junta acabaría con la “clara falta de autenticidad” de la “mayoría de las juntas generales existentes en España”²⁷. Acabaría también con las distintas interpretaciones amplias o restringidas²⁸ de la normativa, en cuanto a la posi-

falsedad en documento privado. No obstante, se matiza que, aunque los administradores son responsables por las inexactitudes, “*son pocas las veces que impugna el acuerdo un socio alegando que en realidad él no asistió o votó*”.

24 Léase la precisión contenida en: GALLEGO CÓRCOLES, A.: “El *blockchain* en la junta general”, en MUÑOZ PÉREZ, A. F. (dir.): *Revolución digital, derecho mercantil y token economía*, Madrid: Tecnos, 2019, p. 330, donde se indica que no sería “*incompatible con el mantenimiento de la junta general entendida como esfera de competencias decisorias de los accionistas*”.

25 De acuerdo con lo que dispone el artículo 1 de la Ley que rige su régimen jurídico.

26 Como recordáramos en: GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T.: “El impacto de las nuevas tecnologías...”, op. cit., p. 78.

27 *Ídem*.

28 En sentido restringido, por ejemplo: GARCÍA-VALDECASAS BUTRÓN, J. A.: “Nueva regulación de los acuerdos de personas jurídicas con motivo del COVID-19”, *No-*

bilidad o no de realizar una junta sin sesión y por escrito. Una interpretación amplia, con base en la autonomía de la voluntad²⁹ y previa cláusula estatutaria que previese la adopción de los acuerdos sin necesidad de una reunión, vendría avalada por la inscripción registral de una cláusula así dispuesta en los estatutos³⁰. Aun así, para evitar criterios dispares en torno a la admisión o denegación de la inscripción registral de una cláusula estatutaria similar –en cuanto que el criterio de los registradores no es unánime y no ha habido una resolución al respecto de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN)³¹– propondríamos la inclusión legal expresa e indubitada de la adopción de acuerdos sin sesión.

Sin sesión y por escrito pueden desarrollarse y plasmarse los acuerdos sociales en sistemas jurídicos comparados proclives a su admisión legal³². Así, por ejemplo, el artículo 178.2 de la Ley general de sociedades mercantiles de México dispone que los estatutos sociales de la sociedad anónima pueden prever acuerdos adoptados fuera de la asamblea general con idéntica fuerza y validez (“para

tarios y registradores.com, 5 abril 2020. En sentido amplio, léase la siguiente nota a pie de página.

29 Artículo 28 LSC. Con base en el principio de libre autonomía basado en este precepto se decanta por una interpretación amplia que permita una junta por escrito y sin sesión, con regulación estatutaria, y por no contradecir los principios que regulan la sociedad mercantil, JORQUERA GARCÍA, L.: “Cláusula estatutaria para celebrar juntas de socios por escrito y sin sesión”, *Notarios y Registradores.com*, 27 abril 2019.

30 Conforme se comenta y desarrolla en *ídem*; haciendo mención del texto literal de una cláusula estatutaria de una sociedad limitada inscrita en el registro mercantil de Madrid: “*La junta de socios podrá adoptar acuerdos sin sesión cumpliendo los requisitos y el procedimiento que se establecen a continuación. Requisitos: Que los asuntos sobre los que se recabe el acuerdo de la junta sean susceptibles de voto simplemente afirmativo o negativo. Que todos los socios manifiesten su conformidad para la adopción de los acuerdos sin necesidad de sesión*”. No obstante, DE LA FUENTE SANCHO, A.; GARCÍA-VALDECASAS BUTRÓN, J. A.: “Modelos de acta notarial en remoto de juntas generales de sociedad”, *Notarios y Registradores.com*, 27 abril 2020, indican que, aunque “*existe una corriente notarial y registral favorable a su posibilidad, por nuestra experiencia son muy pocos los estatutos que las regulan*”.

31 Vid. JORQUERA GARCÍA, L.: “Cláusula estatutaria...”, *op. cit.*

32 Como bien recordara ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El carácter necesario de la junta...”, *op. cit.*: “*La tendencia en el Derecho comparado es la de no imponer obligación alguna de celebrar materialmente juntas generales para la adopción de decisiones por los socios dejando libertad a los estatutos para fijar el método con arreglo al cual deben tomarse aquéllas*”.

todos los efectos legales”) que la sesión en asamblea general o especial, “siempre que se confirmen por escrito”. La misma ley en su artículo 266.2º autoriza expresamente, para la SAS, la adopción de decisiones en asamblea presencial, sin asamblea o en asamblea electrónica³³. Por su parte, la Ley general de sociedades argentina número 19.550³⁴ expone que no es necesaria la reunión física, como tampoco la deliberación de los socios en las sociedades de responsabilidad limitada; disponiendo el contrato societario la forma de la deliberación y la toma de los acuerdos sociales. De la Ley chilena 20.190 se desprende el carácter no esencial de la junta general en la sociedad por acciones³⁵. En la Ley colombiana sobre la SAS se prevé la posibilidad de deliberar en cualquier lugar, sin presencialidad, por comunicación simultánea o sucesiva³⁶. También en la Ley modelo de la OEA sobre la sociedad por acciones simplificada están permitidas las “reuniones por diferentes medios de comunicación”, bien “por teléfono o por cualquier medio de comunicación y por consentimiento escrito”³⁷.

Por ilustrar con varios ejemplos más, pero, esta vez, a este otro lado del Atlántico, la *Companies Act* 2006 británica admitió, en la *Section* 288, para las *private companies* las “*written resolutions*”. Para la sociedad limitada alemana (GmbH) el apartado segundo del artículo 48 de la ley que la regula (GmbHG)³⁸ dispuso que no sería necesario celebrar una reunión cuando los socios estuviesen de acuerdo en decidir mediante un formato de texto o en presentar por escrito los votos. Para la *società a responsabilità limitata* italiana el artículo 2479 del *Codice Civile* prevé la adopción por escrito de

33 Vid. LEÓN TOVAR, S. H.: SAS..., op. cit., p. 158.

34 Texto ordenado por el Anexo del Decreto 841/84 (Boletín Oficial del Estado argentino de 30 de marzo de 1984).

35 Del análisis de la Ley 20.190 (más conocida como ley del “mercado de capitales II”, publicada en el Diario Oficial de Chile de 5 de junio de 2007), revisora de los artículos 442 a 446 del Código de Comercio chileno, extraería JARA BAAEDER, A.: “Sociedades por acciones. Ley 20.190”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, n° 2, agosto 2007, p. 383, que: “La existencia de la junta de accionistas no parece ser un requisito esencial y un órgano que necesariamente deba estar presente en la sociedad” por acciones. En VÍTOLO, D. R.: *Ley 27.349...*, op. cit., pp. 118-119, se calificó a la sociedad por acciones (o SpA) chilena como una “suerte de SAS”.

36 Según los artículos 18, 20 y 22 de la Ley 1.258 de 2008; en comentario de: REYES VILLAMIZAR, F.: SAS..., op. cit., pp. 197-198.

37 En los términos literales del artículo 19 de esta Ley modelo.

38 “*Gesetz betreffend die gesellschaften mit beschränkter haftung*” (Vom. 20.4.1892 [RGBl. S. 477]).

los acuerdos de los socios en los siguientes términos: “*L`atto costitutivo può prevedere che le decisioni dei soci siano adottate mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto*”. En Francia –otorgando máxima primacía al principio jurídico-privado de libre configuración negocial, bajo el respeto de un mínimo imperativo– en la sociedad por acciones simplificada³⁹ las partes pueden determinar en los estatutos sociales cuáles van a ser las decisiones que van a adoptarse colectivamente por los socios bajo las formas y las condiciones que ellos prevean⁴⁰. Así es, salvo para determinadas materias que han de ser necesariamente de decisión colectiva: aquellas especificadas en el segundo párrafo del artículo L 227-9 *Code de Commerce*, esto es, la modificación (por ampliación o reducción) del capital social, la fusión, la escisión, la disolución o la transformación de la SAS.

Se recuerda que hacia la flexibilidad y la simplicidad también se encaminó la propuesta de Reglamento del Consejo, de 25 de junio de 2008, sobre el estatuto de la sociedad privada europea⁴¹, hasta su retirada en octubre de 2013. Antes de retirarse, el artículo 27.3 de esta propuesta europea facultaba a acordar sin necesidad de celebrar una junta general mediante cualquier método elegido por los socios en los estatutos sociales⁴².

Pero, en el derecho español de sociedades de capitales en vigor, al entenderse la junta como un órgano social necesario⁴³ (aunque no permanente ni omnímodo), no se admite el funcionamiento de la sociedad en régimen asambleario⁴⁴ y no se expresa la posibilidad (aunque esté extendida en la práctica

39 La gran libertad con la que el legislador francés dio regulación a la sociedad por acciones simplificada fue puesta de relieve, en varias ocasiones, por: COURET, A.: “La société par actions simplifiée comme forme alternative entre la société anonyme et la société à responsabilité limitée”, en ALONSO UREBA, A. (et al.): *Las pequeñas y medianas empresas y la reforma del Derecho de Sociedades en la Unión Europea*, Madrid: Ministerio de Economía, 4 y 5 febrero 2004, 11 pp.

40 Según el primer párrafo del artículo L 227-9 *Code de commerce*: “*Les statuts déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés dans les formes et conditions qu’ils prévoient*”.

41 COM (2008) 396 final (2008/0130 [CNS]). SEC (2008) 2098; SEC (2008) 2099.

42 Artículo 27.3: “*A efectos de la adopción de las resoluciones no será necesario convocar una junta general*”. Una referencia a este precepto hay en: LARGO GIL, R., “La junta universal sin sesión...”, op. cit., p. 502, en especial, en la nota a pie de página nº 6.

43 Artículo 159 LSC.

44 Como expresamente comentaran BROSETA PONT, M.; MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual...*, op. cit., p. 468.

de las pequeñas sociedades cerradas) de acordar sin sesión y por escrito, aun cuando pudiera quedar reflejada esa posibilidad en la regulación estatutaria. Entre nuestras propuestas, subrayaríamos la conveniencia de la revisión de la normativa hasta la admisión expresa de la adopción de los acuerdos fuera de la reunión en junta. No se olvide que la junta en las pequeñas sociedades de capital de base personalista es un “órgano superfluo”⁴⁵ o, al menos, está en la “encrucijada”; en gráfica expresión, de nuevo, del profesor RODRÍGUEZ ARTIGAS⁴⁶.

Con este planteamiento de revisión de la normativa hacia la adopción de los acuerdos sin sesión se asimilaría nuestra regulación interna a la de los ordenamientos comparados citados. Además, se retornaría a la posibilidad que para las sociedades limitadas hiciera el artículo 14 de la legislación de 1953 de adoptar los acuerdos por cualquier medio (también sin reunión) que garantizase la autenticidad de la voluntad declarada⁴⁷. Se trataría de retroceder al pasado legislativo para afrontar un presente en el que, aunque la ley no lo exprese, las sociedades limitadas con escaso número de socios no se reúnen y acuerdan por escrito, con o sin cláusula estatutaria que lo prevea.

Convendría, en definitiva, avanzar hacia la admisión legal expresa de la no sesión, en una extensión de su campo de actuación desde las sociedades personalistas y, en particular, desde las agrupaciones de interés económico hasta las sociedades de capitales. Para estas últimas convendría habilitar normativa e indubitadamente la adopción de los acuerdos sociales por medios escritos, por medios electrónicos. También habría que habilitarlos, en su caso, para la sociedad simplificada por la que desde este estudio y, en particular, desde el capítulo III venimos abogando.

En la actualidad, para las sociedades de capitales está prevista, en cambio, legalmente la posibilidad de realizar reuniones por escrito y sin sesión para el órgano de administración. En los términos redactados en el artículo 248.2 LSC, las reuniones del órgano de administración pueden ser por escrito y sin sesión, salvo prohibición de los estatutos y si no hay oposición de un administrador. Pudiendo ser por escrito y sin sesión, pueden ser por corres-

45 Según señalara FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “La sociedad de capital de base personalista en el marco de la reforma del Derecho de sociedades de responsabilidad limitada”, *Revista General de Derecho*, nº 596, 1994, pp. 5431-5436.

46 RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: “La junta general en la encrucijada...”, op. cit., p. 23; también citado en: LARGO GIL, R.: “La junta universal sin sesión...”, op. cit., p. 502.

47 Vid. *supra* nota a pie de página nº 11.

pondencia o por cualquier otro medio (también electrónico) que garantice la autenticidad.

En los difíciles tiempos de COVID-19 y a causa de las restricciones a la movilidad de las personas, se ha permitido en el difícil año 2020, a través del artículo 40.2 del Real Decreto-Ley 8/2020, que los acuerdos del órgano de administración de una sociedad mercantil no cotizada sean adoptados mediante votación por escrito y sin sesión, incluso aunque los estatutos no lo hubieran previsto. Incluso sin previsión estatutaria, han podido celebrarse así cuando lo hubiera dispuesto el presidente y han debido celebrarse así cuando lo solicitaran, al menos, dos miembros del órgano de administración⁴⁸. En tal caso, dispone este precepto que “la sesión se entenderá celebrada en el domicilio social”. Ponemos de relieve lo que la doctrina había tenido ocasión de avanzar⁴⁹: no puede entenderse que la sesión se ha celebrado en el domicilio social si la votación ha sido por escrito y sin sesión. En otros términos, si no se ha celebrado una reunión no puede entenderse que la reunión (no celebrada) ha sido celebrada en el domicilio social. Corrige la doctrina⁵⁰ al legislador: no la sesión sino los acuerdos pueden entenderse adoptados en el domicilio social⁵¹.

Tras esta precisión, quisiéramos enfatizar que ni siquiera en estos tiempos extraordinarios de limitación a la circulación de las personas, la posibilidad de acordar por escrito y sin sesión se ha extendido a la junta general. Aquel artículo 40 lo refiere, desde su primera versión, en exclusiva al órgano de administración y en ninguna de sus revisiones lo extiende en expreso al órgano deliberante⁵². Por ello o pese a ello, quisiéramos subrayar la conveniencia de su admisión expresa para la adopción de los acuerdos sociales en las juntas gene-

48 Artículo 40.2: “*Medidas extraordinarias aplicables a las personas jurídicas de derecho privado*”, en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 11/2020 al Real Decreto-Ley 8/2020, y mantenida por el Real Decreto-Ley 21/2020, que amplía el plazo hasta el 31 de diciembre de 2020. Sobre estos Reales Decreto-Ley, léanse *infra* las notas a pie de página nº 198 y 199.

49 Así, FARRANDO MIGUEL, I.: “Las juntas de socios de SA y SL en tiempos de alarma”, *Blog Almacén de Derecho*, 22 marzo 2020.

50 *Ídem*.

51 *Ídem*. Conforme al artículo 100.1 del Reglamento del Registro Mercantil.

52 Como bien avanzara: GÁLLEGO LANAU, M.: “La celebración de la junta íntegramente virtual: ¿debería extenderse más allá del estado de alarma?”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, nº 26, 2020, p. 11.

rales, al menos, de las sociedades no cotizadas⁵³ y, en particular, de las sociedades limitadas que en el presente copan el espacio societario; así como de las sociedades simplificadas que en el futuro lo pudieran copar, si se admitieren.

2. Con junta general virtual

Tras haber manifestado nuestra querencia por extender una previsión legal expresa para permitir sin incertidumbres la adopción de los acuerdos sociales por escrito (también por escritos electrónicos) en las juntas de socios, pretendemos a partir de este epígrafe destacar⁵⁴ que las ventajas y las funcionalidades de las TIC también pueden plasmarse sobre la modalidad de la adopción de acuerdos con sesión, mediante una reunión no presencial sino telemática. Desde aquel punto inicial del camino que nos ha conducido hasta la no sesión, hay que dirigirse, a continuación, hasta la meta de la virtualización de la sesión en junta.

La meta ha sido alcanzada, bien que durante un período excepcional limitado. Inicialmente para el período de declaración de alarma y un mes después y posteriormente hasta fin del año 2020, se ha dispuesto de manera excepcional por el nombrado Real Decreto-Ley 8/2020, en sus artículos 40 y 41, la modalidad de la videoconferencia o de la conferencia telefónica múltiple para la adopción de los acuerdos en junta general tanto en la sociedad cotizada (desde la primera versión del artículo 41) como para la sociedad no cotizada (en la segunda y tercera versión del artículo 40). Ello lo explicaremos con más detalle después, en un apartado especial dedicado en exclusiva a la regulación de la crítica época COVID. Antes, en este apartado preliminar, quisiéramos aludir a la regulación general del período no excepcional. Nos referiremos, a continuación, a la general, no sin antes añadir que, en el caso de que aquella regulación extraordinaria y temporal se mantuviera (como recomendaríamos mantener, aunque con más precisión) para regular de manera estable la posibilidad no presencial sino virtual de la adopción de acuerdos por parte del

53 Se puntualizaría en *idem* que: “En las sociedades cotizadas, puede que la eliminación de las juntas con sesión quede todavía lejos, aunque con el desarrollo de la DLT ya se ha apuntado la posibilidad de prescindir de la reunión”. También que: “En las pequeñas sociedades cerradas, por el contrario, la toma de decisiones por escrito y sin sesión puede ser conveniente que se introduzca ya en nuestro ordenamiento”.

54 Como antes expusiéramos en: GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T.: “La inquebrantabilidad del principio de unicidad...”, op. cit., pp. 63-86.

órgano deliberante de la sociedad, el nuevo marco jurídico-societario se sustentaría en el trípode de la flexibilización, la simplificación y la innovación para el funcionamiento societario. Respondería así a las particularidades de las sociedades (sobre todo, limitadas) que se desenvuelvan con facilidad en el espacio ágil y global creado y movido en esta era tecnológica. Si algún día en él se desarrollaran (por permitirlo la ley) las sociedades simplificadas que desde este trabajo han sido planteadas, también respondería con corrección a sus peculiaridades.

2.1. Con convocatoria por web o correo electrónico.

Aludiendo a partir de ahora al régimen jurídico vigente de las sociedades de capital, hay que comenzar indicando que sabido es que para la válida constitución de la junta general (ordinaria o extraordinaria) es requisito ineludible (con la excepción de la junta universal) la convocatoria previa.

Las TIC están presentes en la regulación de la convocatoria. Tanto para las sociedades anónimas como para las sociedades limitadas, el artículo 173 LSC – desde la redacción otorgada por la Ley 1/2012⁵⁵– establece para la convocatoria, como primer medio y por regla general, la *web* corporativa o “*web* legal”⁵⁶. Este es un intento (malogrado) del legislador societario de imprimir modernización, simplificación y abaratamiento de los costes en la publicación de la convocatoria y en la utilización de la *web* para las relaciones intrasocietarias.

Las sociedades anónimas cotizadas deben tener una página *web*⁵⁷ (bajo pena de sanción por infracción grave)⁵⁸, pero las sociedades no cotizadas (anónimas

55 BOE nº 150, 23 junio 2012. Vid. LUCEÑO OLIVA, J. L.: “El nuevo régimen legal de la convocatoria de junta general”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 846, 2012, p. 7.

56 En la denominación que prefiere el notario JORQUERA GARCÍA, L.: “La convocatoria de la junta de socios por medios electrónicos”, *Notarios y Registradores.com*, 20 abril 2020 (como desarrollo de una ponencia del notario titulada: “La utilización de medios electrónico en las relaciones societarias”)

57 Desde la Ley 25/2011, que incorporó la Directiva 2007/36/CE, en virtud del artículo 539 LSC, en relación con el artículo 11 bis del mismo texto refundido. Su contenido mínimo se especificó en el Anexo I de la Circular 3/2015, de 23 de junio, de la CNMV, de especificaciones técnicas y jurídicas y de la información que debe contener la página *web* de las sociedades cotizadas (BOE nº 190, 10 agosto 2015).

58 Artículo 295.3 del texto refundido de la Ley del mercado de valores (TRLMV), aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015 (BOE nº 255, 24 octubre 2015); en concordancia con el artículo 539.2 LSC.

o limitadas) también pueden tener un sitio *web*, si así lo deciden los socios en la junta general⁵⁹. De tenerlo, garantizaría la sociedad la seguridad de esa *web* corporativa, la autenticidad de los documentos publicados en ella y el acceso gratuito con posibilidad de descarga e impresión, según el artículo 11 bis LSC.

De haber creado la sociedad no cotizada una página *web* corporativa y estar inscrita y publicada, es a su través cómo se hará la convocatoria, por sus supuestos inferiores costes. Los costes no son nulos, empero. En tanto la *web* corporativa no es igual a la *web* publicitaria⁶⁰ y la configuración, el alojamiento y el mantenimiento técnico de esa *web* corporativa conlleva costes, hay compañías que no las crean o no las mantienen con el solo propósito de la comunicación entre los socios y la sociedad o de la convocatoria de la junta general⁶¹. Aun con estos costes, costoso también resulta la publicación de cada convocatoria en el BORME y en un periódico⁶². Por ello, quienes inscriben la *web* corporativa la utilizan para la convocatoria de la junta⁶³. Además, con el

59 Así, BOQUERA MATARREDONA, J.: “La página *web* corporativa de las sociedades cotizadas”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (et al.) (dir.): *Sociedades cotizadas y transparencia en los mercados*, vol. 1, Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 2019, pp. 647-648, acentúa que la creación de una *web* corporativa es una “*competencia exclusiva y excluyente e inderogable de la junta general*”, de acuerdo al artículo 11 bis 2º LSC, aunque entre las competencias de la junta enumeradas en el artículo 160 LSC no se encuentre; debiendo incluirse en el cajón de sastre de la letra j) de este artículo 160: “*cualesquiera otros asuntos que determinen la ley o los estatutos*”, en este caso, la ley (de sociedades de capital).

60 *Ibidem*, p. 645; citando la Resolución de la DGRN de 10 de octubre de 2012 (“*en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles de Burgos a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de dicha entidad*”) (BOE nº 264, 2 noviembre 2012).

61 Vid. NADÚJAR HURTADO, J. A.: “El voto por correo electrónico en las juntas de sociedades limitadas”, *El Derecho.com Lefebvre*, 12 noviembre 2018. Asimismo, AA.VV.: “Convocar junta general por carta certificada o correo electrónico”, *MRomero Consultores*, 13 julio 2016. En el anuario de estadística mercantil de los registradores de España correspondiente al ejercicio 2019 consta (en p. 36) que el número de páginas *web* corporativas inscritas fueron cuarenta en total (treinta y tres de ellas en SL). En el ejercicio previo fueron veintinueve (veintisiete de las cuales correspondieron a SL) y en el anterior sesenta y ocho (cincuenta y siete en SL).

62 JORQUERA GARCÍA, L.: “La convocatoria de la junta...”, op. cit., recuerda que la publicación de la convocatoria en el BORME y en un periódico “*son medios costosos y muy poco apropiados para sociedades pequeñas*”.

63 Vid. GÁLLEGO LANAU, M.: “La celebración de la junta íntegramente virtual...”, op. cit., p. 8.

impulso de la tecnología propiciado en los tiempos de COVID, suponemos que serán no pocas las compañías no cotizadas que, de no haberla configurado antes, la configuren y conserven.

Para las no cotizadas que las configuren y conserven, surge un primer interrogante en torno al modo en el que han de determinar cuál es la página *web* en la que se hará la convocatoria. De conformidad inicialmente con el punto noveno de la instrucción de 18 de mayo de 2011 de la DGRN⁶⁴, “la sociedad deberá o bien determinar la página *web* en los estatutos o bien notificar a todos los socios la existencia y dirección electrónica de dicha página *web* y el sistema de acceso a la misma”. No obstante, nueve días después de aquella instrucción, la DGRN advertiría un error y lo corregiría de inmediato; eliminando la referencia a la notificación a todos los socios, en su instrucción de 27 de mayo de 2018⁶⁵. En esta aclararía que o bien ha de determinarse la página *web* en los estatutos o bien ha de notificarse “dicha página *web* al registro mercantil, mediante declaración de los administradores”⁶⁶.

Varias cuestiones más surgen, al respecto, para las hipótesis de duda o conflicto: ¿cómo podría acreditarse la publicación de la convocatoria en el sitio *web*? y, para su acreditación, ¿sería necesario un certificado notarial o bastaría la manifestación de los administradores con la impresión de la página *web* en la que la convocatoria se hubiera insertado? El artículo 11 ter, en su párrafo segundo, ofrece la respuesta: la carga de la prueba del hecho y de la fecha en que se han insertado los documentos en la *web* corresponderá a la sociedad, en una inversión de la carga de la prueba⁶⁷. Será en los administradores en quienes pesará el deber de mantener lo insertado en la *web* durante el plazo que exija la ley⁶⁸. Respecto del plazo de la convocatoria, el artículo 176.1 LSC exige, al menos, un mes en las sociedades anónimas y quince días en las sociedades limitadas entre la convocatoria y la fecha prevista para la celebración de la reunión. Y “el anuncio de convocatoria deberá estar publicado en la página *web* desde la fecha de aquella [convocatoria] hasta la efectiva celebración de la junta general”, en la especificación del punto noveno

64 BOE n^o 124, 25 mayo 2011.

65 BOE n^o 127, 28 mayo 2011.

66 “Para su constancia por nota al margen”, añadía al final.

67 Los medios de prueba que tendría la sociedad los ejemplifica, a estos efectos, BOQUERA MATARREDONA, J.: “La página *web*...”, op. cit., p. 652, en los siguientes: “*acta notarial de la captura de pantalla de la web*” o “*pantallazo*” o “*medios utilizados por terceros de confianza [...], como archivos en soportes informáticos*”.

68 Artículo 11 ter, 3^o, *ab initio*, LSC.

de la citada instrucción de la DRGRN 18 de mayo de 2011. Para la acreditación del mantenimiento de lo insertado en la *web* durante el plazo legal sería suficiente la declaración de los administradores, bien que esta declaración podría ser desvirtuada por el interesado mediante cualquier prueba en contrario admisible en derecho⁶⁹. Por la posibilidad de la prueba en contrario, a los administradores les conviene tener prueba del anuncio y permanencia (al menos, durante quince días) en la *web* corporativa de la convocatoria, mediante sucesivos “pantallazos” o, mejor, mediante la contratación de una página *web* que incorpore los medios de prueba mediante la monitorización “permanentemente por un tercero de confianza” de lo insertado en la *web*.⁷⁰

Más interrogantes encadenados con los previos aparecen acto seguido: ¿quién y en qué condiciones respondería de una eventual interrupción temporal en el acceso a la *web*? y, en su caso, ¿tal interrupción podría ser motivo para la no celebración de la junta? El artículo 11 ter LSC sigue ofreciendo respuestas a una y otra pregunta. Por una parte⁷¹, los administradores responderían de los perjuicios que hubiera causado la interrupción temporal del acceso a la *web*, salvo en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, en la modalidad de la responsabilidad solidaria entre los administradores y con la sociedad. Por la otra⁷², si dicha interrupción hubiera sido por un plazo superior a dos días consecutivos o a cuatro alternos no se celebraría la junta convocada para acordar sobre el asunto al que se refiriera el documento que hubiera sido insertado en la página *web*. Y, además, para el supuesto en que la ley exigiera que se mantuviera insertado en la *web* un documento tras la celebración de la junta general, y se produjera una interrupción, esa inserción habría de prolongarse por un número de días igual al del acceso interrumpido. Estas “caídas de la Red” tan dilatadas en el tiempo son, sin embargo, cada vez menos frecuentes y, siendo así, esta previsión del artículo 11 ter parece en la actualidad “poco real”⁷³; en expresiones recogidas de BOQUERA MATARREDONA.

Además, “los estatutos podrán establecer mecanismos adicionales de pu-

69 Artículo 11 ter, 3º, *in fine*, LSC.

70 Como hace constar JORQUERA GARCÍA, L.: “La convocatoria de la junta...”, *op. cit.*

71 Artículo 11 ter, 3º LSC y artículo 539.3 LSC, en este último caso, para las sociedades cotizadas.

72 Artículo 11 ter 4º LSC. Para las sociedades cotizadas, véanse los artículos 515 y 518 LSC.

73 Vid. BOQUERA MATARREDONA, J.: “La página *web*...”, *op. cit.*, p. 653.

blicidad e imponer a la sociedad la gestión telemática de un sistema de alerta a los socios de los anuncios de convocatoria insertados en la *web* de la sociedad”, en la literalidad del apartado tercero y último del artículo 173 LSC. Como bien manifestara la doctrina⁷⁴, este sistema de alerta (por ejemplo, por correo electrónico o por mensaje telefónico corto) puede ser un sistema “especialmente idóneo” y a “coste poco elevado”⁷⁵ para que no pase desapercibida a los socios la publicación en la *web* corporativa de la convocatoria de una junta.

En caso de tener la sociedad no cotizada una página *web* corporativa, permítasenos abrir un breve *excursus* en relación con el derecho de información. Se habilitará un “dispositivo de contacto” de los socios con la sociedad que permita acreditar la fecha de la recepción y el contenido de los mensajes electrónicos intercambiados entre los socios y la sociedad. Las comunicaciones entre la sociedad y los socios –incluida la remisión de documentos, solicitudes e información– pueden realizarse por medios electrónicos, siempre que dichas comunicaciones hayan sido aceptadas⁷⁶ por el socio, de conformidad con el artículo 11 *quáter* LSC. El socio, no obstante, podrá solicitar esa información de forma impresa, al ser un derecho y no una obligación la comunicación en formato electrónico⁷⁷.

De regreso a la convocatoria y de no tener, en cambio, la sociedad no cotizada una página *web* o de tenerla no inscrita ni publicada, la convocatoria de la junta habría de publicarse en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORME) (con edición electrónica oficial y auténtica desde el 1 de enero de 2009). Habrá de sumarse al BORME la publicación “en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social”⁷⁸ (diario que puede ser electrónico y/o en papel); apreciando los tribunales si el

74 Vid. BROSETA PONT, M.; MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual...*, *op. cit.*, p. 471.

75 Sin embargo, BOQUERA MATARREDONA, J.: “La página *web*...”, *op. cit.*, p. 659, al hablar del sistema de alerta como mecanismo adicional, indicó: “*pese al coste que pudiera tener para la sociedad*”.

76 Se puntualizaría correctamente en *ibidem*, p. 676, que la aceptación de socio ni puede ser sustituida por una cláusula de los estatutos ni tampoco por un acuerdo de la junta general.

77 En efecto, los medios electrónicos, aunque sea imperativo su uso para las sociedades cotizadas, no se convierten en una obligación sino en un derecho de los accionistas, según recalca BOQUERA MATARREDONA, J.: “La página *web*...”, *op. cit.*, p. 645, en virtud del artículo 539.1 LSC.

78 En la literalidad del apartado primero del artículo 173 LSC.

diario es en uno de los de mayor circulación “en” la provincia⁷⁹ y acarreado la sociedad con el coste de esta doble y clásica publicación.

En sustitución o como complemento de las formas de convocatoria anteriores (*web* o, en su defecto, BORME más periódico), los estatutos pueden contemplar que la convocatoria se haga a través de un procedimiento de comunicación individual y escrita que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio que se hubiera designado al efecto (así, en el libro registro de socios en la sociedad limitada) o en el domicilio que conste en la documentación de la sociedad. ¿Y si se tratase de un socio residente en el extranjero? Valdría, en tal caso, la previsión estatutaria que permitiese que la comunicación individual se hiciera solo si hubiera designado “un lugar del territorio nacional para notificaciones”⁸⁰.

Detengámonos a examinar los procedimientos de la comunicación individual y escrita que los estatutos pueden establecer en sustitución de las formas de convocatoria previstas en el apartado primero del artículo 173 LSC. En el supuesto de que la sociedad hubiera optado en sus estatutos por un procedimiento de convocatoria individual hay que hacer notar, en primer lugar, que el cómputo del plazo que habrá de mediar entre la convocatoria y la celebración de la junta (se recuerda: un mes en las sociedades anónimas y una quincena en las sociedades limitadas) comenzará desde el día en que hubiera sido remitido el anuncio de la convocatoria al último de los socios, en virtud del artículo 176 LSC.

En segundo lugar, para la correcta previsión estatutaria de la comunicación individual se requiere, además, que sea por escrito y en el domicilio; mediante correo certificado o burofax con acuse de recibo⁸¹, por ejemplo. Una vez que ha sido acreditada la remisión y la recepción de la comunicación postal no cabría exigir adicionalmente la acreditación fehaciente de esta comunicación e incumbiría al socio probar, en su caso, la falta de la convocatoria, en el razonamiento que hace el Tribunal Supremo en la sentencia de 3 de abril de 2011.

Pero, aparte del burofax, del correo ordinario o del certificado con acuse de recibo (siempre costosos⁸², y más cuanto mayor es el número de socios), quisiéramos indagar si los requisitos (de carácter individual, por escrito y en

79 Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 20 de enero de 1971.

80 Artículo 173.2 LSC.

81 Vid. ANDÚJAR HURTADO, J. A., “El voto por correo electrónico...”, op. cit.

82 *Ídem*.

el domicilio) que ha de cumplir esta comunicación para su admisión son cumplidos por las (rápidas y baratas) comunicaciones hechas por un mensaje de correo electrónico o, incluso, por un mensaje telefónico corto e instantáneo (*WhatsApp, Telegram* o SMS).

Tal cuestionamiento ha venido siendo polémico en lo que se refiere a la convocatoria mediante el correo electrónico. Por esta vía electrónica la comunicación al socio es individual y escrita, pero no es en el domicilio⁸³ ¿ni en el domicilio electrónico? Habiendo callado el legislador, ha sido la DGRN quien se ha pronunciado. Lo ha admitido si ha venido “complementado con algún procedimiento que permita el acuse de recibo del envío”, en la Resolución de 28 de octubre de 2014⁸⁴. Como antes, en sus Resoluciones de 16 de abril de 2005⁸⁵, de 23 de marzo de 2011⁸⁶, de 4 de junio de 2011⁸⁷ o de 2 de agosto de 2012⁸⁸ y, como después, en su Resolución de 15 de enero de 2015⁸⁹, la DGRN considera en la Resolución antedicha de 2014 que, sin necesidad de usar firma electrónica, el envío del correo electrónico con acuse de recibo cumple las exigencias legales de asegurar la recepción de la convocatoria por los socios. *A contrario*, sin acuse de recibo el correo electrónico, por sí solo, por sí mis-

83 Vid. ROSALES, F.: “Convocatoria de junta general de socios por e-mail”, *NotarioFranciscoRosales.com*, 8 enero 2015.

84 “*En el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles III de Madrid a inscribir determinada cláusula de los estatutos de la sociedad*” (BOE nº 285, 25 noviembre 2014). La cláusula estatutaria objeto de pronunciamiento era la siguiente: “*Las juntas serán convocadas por el órgano de administración por medio de carta certificada, con quince días de antelación a la fecha de la misma, dirigida a los domicilios de los socios que consten en el libro registro de socios, o bien mediante correo electrónico dirigido a la dirección electrónica que conste igualmente en el libro registro de socios, o cualquier otro medio telemático que asegure la recepción de la comunicación*”.

85 BOE nº132, 3 junio 2005.

86 BOE nº 101, 28 abril 2011.

87 BOE nº 156, 1 julio 2011.

88 BOE nº 245, 11 octubre 2012.

89 BOE nº 43, 19 febrero 2015. Esta Resolución, a juicio de CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, L.: “Convocatoria de junta general y firma electrónica”, *El Blog de Luis Cazorla*, 23 febrero 2015, resuelve “*de forma acertada*” el recurso (estimado) presentado frente a la calificación negativa del Registrador de la siguiente cláusula estatutaria: “*La convocatoria se comunicará a los socios a través de procedimientos telemáticos, mediante el uso de la firma electrónica. En caso de no ser posible se hará mediante cualquier otro procedimiento de comunicación individual y escrito que asegure la recepción por todos los socios en el lugar designado al efecto en el que conste en el libro registro de socios*”.

mo, no sería admisible, a juicio de este centro directivo. Para su admisión requeriría venir acompañado del complemento de “algún procedimiento que permita el acuse de recibo”. El complemento se ejemplifica, en la citada Resolución de 2014, en un listado no cerrado, en la “solicitud de confirmación de la lectura o en determinados medios que permitan obtener prueba de la emisión y recepción de la comunicación mediante el uso de la firma electrónica”⁹⁰. Crítica el notario JORQUERA GARCÍA⁹¹ que la DGRN imponga “la confirmación de la lectura”, por innecesaria, por cuanto bastaría, para la validez del uso del correo electrónico, con la confirmación de la recepción. Crítica, por ese motivo, por errónea, la alusión al “uso de la firma electrónica”, por cuanto sirve para identificar al remitente, pero no al receptor del mensaje electrónico.

Sabido es que de manera automática cabe configurar en el correo electrónico un acuse de recibo que podrá ser aceptado o rechazado por el receptor del mensaje⁹². Si se deshabilita esa confirmación de recepción por parte del socio, la prueba se dificultaría para la sociedad⁹³. Es posible y es fácil añadir tal complemento (automático) de acuse de recibo, pero es técnicamente posible deshabilitarlo. Frente a esa deshabilitación y para esa prueba existen en el mercado sistemas de acreditación no solo del envío sino de la recepción⁹⁴. No obstante, sería al socio que se negase a habilitar la confirmación de la recepción y la lectura a quien incumbiría la prueba de la falta de la convocatoria.

En cualquier caso, ¿habría de ser necesario ese acuse de recibo?, preguntamos. Los correos electrónicos que se envían se reciben, salvo en raras ocasiones de errores informáticos o de recepción en la carpeta de *spam* que rara vez se revisa. Los correos electrónicos que se envían figuran en la carpeta de “enviados” del emisor, quien accediendo a ella puede comprobar si el envío lo realizó con corrección. Atendiendo a las alegaciones de quienes interpusieran un recurso contra la calificación del registrador mercantil de la negativa a registrar la cláusula estatutaria que no complementaba el correo electrónico

90 Fundamento de Derecho 2º.

91 Vid. JORQUERA GARCÍA, L.: “La convocatoria de la junta...”, op. cit.

92 ROSALES, F.: “Convocatoria de junta general...”, op. cit., recuerda que “en el correo electrónico es configurable el dar acuse de recibo de forma automática, igual que también es configurable no acusar nunca recibo”, mientras que “en WhatsApp el “double check” es automático, y también cabe configurar por cada usuario si se confirma o no la lectura”.

93 Como indica JORQUERA GARCÍA, L.: “La convocatoria de la junta...”, op. cit.

94 Según le consta a JORQUERA GARCÍA, L. en: *ídem*.

con el acuse de recibo –analizada en la citada Resolución de 28 de octubre de 2014–, en la actualidad el correo electrónico es “un medio de recepción seguro, pues tiene más garantía de recepción que las obsoletas comunicaciones postales que se realizaban antaño, en las que en la mayoría de las ocasiones no se recibían bien porque las direcciones eran erróneas o por problemas [de retraso, por ejemplo] de la propia Administración Postal”. Sin querer entrar nosotros en el debate de qué método, electrónico o en papel, es de más segura recepción, sí quisiéramos destacar el ahorro de costes que puede suponer para la sociedad mercantil el empleo del correo electrónico para la comunicación de la convocatoria a un amplio número de socios, más aún si junto con la convocatoria se añade documentación social o contable sobre los puntos del orden del día⁹⁵. No se elimina la posibilidad de uso de este medio electrónico ni por la DGRN ni por el legislador, pero se condiciona (al empleo del complemento del acuse de recibo) por la primera ante el silencio del segundo. En la era vivida de la informática, condicionantes y silencios son objeto de crítica⁹⁶. La crítica, no obstante, hay que matizarla acto seguido: aun con el complemento (sencillo de adicionar) del acuse de recibo, la DGRN está admitiendo para la convocatoria un medio, como es el correo electrónico, que facilita fluidez y ahorra costes⁹⁷. Por la facilidad y el ahorro, las previsiones estatutarias al correo certificado o al burofax con acuse de recibo convendría que fueran yendo sustituidas por el correo electrónico con acuse (automático) de recibo, como forma más cómoda y barata de convocar una junta⁹⁸, más aún en esta época tan digital.

Con igual complemento de acuse (automático) de la recepción y la lectura,

95 Vid. ANDÚJAR HURTADO, J. A.: “El voto por correo electrónico...”, *op. cit.*

96 Como se critica en: ROSALES, F.: “Convocatoria de junta general...”, *op. cit.*

97 En el tercero de los Fundamentos de Derecho de la Resolución de la DGRN de 13 de enero de 2015 se puso hincapié en la “necesidad de facilitar la fluidez del tráfico jurídico, evitando la reiteración de trámites y costes innecesarios, que no proporcionen garantías adicionales (cfr. la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1987 y las Resoluciones de 2 y 3 de agosto de 1993)”. Respecto de esta RDGRN, puede leerse: CURTO POLO, M.: “La convocatoria de la junta general de las sociedades capitalistas mediante correo electrónico (comentario a la resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 13 de enero de 2015)”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 297, 2015, pp. 537-553.

98 Por estas razones, ANDÚJAR HURTADO, J. A.: “El voto por correo electrónico...”, *op. cit.*, comentó que “resultaría interesante y conveniente comenzar a modificar los clásicos modelos de estatutos sociales”.

entendemos que, previa previsión estatutaria⁹⁹ y aceptación por los socios¹⁰⁰, la convocatoria realizada por una aplicación con servicios de mensajería telefónica instantánea, de mensajes cortos o multimedia, debería ser aceptada, aunque para su aceptación aun no haya habido Resolución de la DGRN. La reciente Resolución de la DGRN de 19 de julio de 2019¹⁰¹ vuelve a referirse al sistema de convocatoria por medio de correo electrónico (no de mensajes telefónicos cortos) para recalcar la exigencia de la confirmación de la entrega y la lectura con el fin de que se cumplan “las garantías de información que sobre la convocatoria se pretende asegurar por la norma legal”. Con tales garantías, al socio que se negase a la confirmación de la petición de la lectura le incumbiría la prueba de la falta de la convocatoria si el correo electrónico no hubiera sido devuelto por el sistema informático¹⁰²; como antes indicábamos y ahora concretamos.

2.2. Con asistencia telemática

Tras examinar los medios viables para la convocatoria, nuestra reflexión ha de ir avanzando hacia las funcionalidades que conllevan las TIC para la propia configuración de la reunión en junta general hasta conducir (¿por fin?) a su ansiada revitalización a través del papel activo, presente y a distancia del socio.

Tradicional ha sido el absentismo y la desvinculación de los accionistas de la marcha de la gran sociedad anónima; dejándose en manos de los socios de control, ligados con habitualidad a los administradores, la adopción de los acuerdos sociales. Ante esta situación, la doctrina ha cuestionado si la junta general en la sociedad anónima, en general, y en la anónima cotizada, en especial, ha dejado de ser o, incluso, si ha sido alguna vez el “órgano soberano” de la sociedad para pasar a ser un “órgano en crisis”; en palabras, otra vez, del profesor RODRÍGUEZ ARTIGAS¹⁰³.

99 Artículo 173 LSC.

100 Artículo 11 *quáter* LSC.

101 BOE nº 188, 7 agosto 2019.

102 Como así indicaba la cláusula estatutaria que fue objeto de debate en la Resolución de 19 de julio de 2019 y que fue declarada admisible por la DGRN. Vid. MAMBRILLA RIVERA, V.: “Res. DGRN de 19 de julio de 2019: cláusula estatutaria de junta por correo electrónico”, *Mambrilla-Marina.com*, 16 octubre 2019.

103 Vid. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: “Notas sobre el concepto de inversor institucional en la Directiva (UE) 2017/828”, en FERNÁNDEZ TORRES, I. (*et al.*) (coords.):

Para tratar de mutar esa dinámica de la “apatía racional” por otra de “activismo accionarial”¹⁰⁴, la ley de sociedades de capital fue ampliamente reformada en 2014 (por la Ley 31/2014¹⁰⁵) con un paquete de medidas para la mejora del gobierno corporativo. Otro paquete más vendría de la mano de la Directiva (UE) 2017/828¹⁰⁶ –de reforma de la Directiva 2007/36/CE¹⁰⁷– para, previa identificación, incrementar la implicación largoplacista de los accionistas en la supervisión de la gestión de la sociedad cotizada. La transposición en el ordenamiento jurídico español de esta Directiva número 828 de 2017 se encuentra en tramitación parlamentaria a través de un Proyecto de Ley, presentado en el Congreso el 15 de julio de 2020, por el que se modifica la LSC “en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas”. Ni en aquella Directiva ni en este Proyecto de Ley podemos en este discurso ahondar. Ya ahondamos, no en el Proyecto pero sí en la Directiva, en otros discursos previos que podría consultar el lector si estuviera interesado¹⁰⁸. En la disertación de la presente

Derecho de sociedades y de los mercados financieros. Libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma, Madrid: Iustel, 2018, p. 1263. Más en específico sobre el absentismo o la “apatía racional”, léase del mismo autor: RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: “La junta general en la encrucijada...”, op. cit., pp. 19-35. También, por ejemplo: RECALDE CASTELLS, A.: “Incidencia de las tecnologías...”, op. cit., p. 4, se referiría a la “*junta general en crisis*”.

104 Mucho ha escrito la doctrina sobre el ejercicio de los derechos de los socios por medios electrónicos como instrumento para el estímulo del activismo accionarial en las sociedades cotizadas. A título ejemplificativo, véase: MUÑOZ PAREDES, J. M.: *Nuevas tecnologías en el funcionamiento de las juntas generales y de los consejos de administración*, Madrid: Civitas, 2005, p. 149; RECALDE CASTELLS, A. J.: “Consideraciones de política-jurídica sobre el ejercicio de los derechos de voto, asistencia y representación “a distancia” (incluido el voto electrónico) en las sociedades anónimas españolas”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 19, 2009, p. 8; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: “La junta general en la encrucijada...”, op. cit., p. 31.

105 BOE nº 293, 4 diciembre 2014.

106 DO L 132, 20 mayo 2017.

107 DO L 184, 14 julio 2007.

108 De nuestra autoría, en materia de gobierno corporativo, son estas tres publicaciones: GARCÍA MANDALONIZ, M.: “Hacia un gobierno corporativo sostenible con implicación efectiva y sostenible de los accionistas para la mejora del rendimiento financiero y no financiero a largo plazo y con divulgación de la información no financiera”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 54, 2018; “Inconcreción del deber de diligente administración, disposición del régimen de responsabilidad e inclusión de la regla de la discrecionalidad empresarial (artículo 225 de la Ley de sociedades de capital)”, en MARTÍNEZ-ECHEVA-

investigación debemos poner el acento solo en la posibilidad de incremento de la implicación por la facilidad de la asistencia a la reunión de la junta desde cualquier lugar por medios electrónicos, mediante la asistencia telemática.

La LSC estableció desde su aprobación en 2010 –como previamente, desde la revisión de la Ley 19/2005¹⁰⁹, establecía el TRLSA que en la LSC se refundió y derogó– la posibilidad de que los estatutos sociales de la sociedad anónima incluyeran la asistencia del accionista por medios electrónicos que garantizaran debidamente su identidad con la finalidad de facilitar y promover su asistencia a la junta general y, por ende, su implicación en la sociedad. La Ley 19/2005 introdujo reglas para garantizar la efectividad de las normas de aplicación directa del Reglamento europeo nº 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprobó la sociedad anónima europea¹¹⁰. Esa Ley 19/2005 modificó la normativa de las sociedades anónimas en aquel momento en vigor (esto es, el viejo TRLSA de 1989) para contemplar la posibilidad de que los estatutos previesen la asistencia a la reunión en junta por medios electrónicos¹¹¹.

Se seguía la senda de otros sistemas jurídicos comparados, como el italiano, donde el artículo 2370.4º del *Codice Civile* dispuso –desde la revisión del artículo 10 del Decreto Legislativo nº 310, de 28 de diciembre de 2004¹¹²– que: “*Lo statuto può consentire l’intervento all’assemblea mediante mezzi di telecomunicazione*”. En la actualidad esta disposición se viene interpretando¹¹³ en Italia en el sentido de que no solo es posible la asistencia por medios de audioconferencia o videoconferencia cuando esté previsto en los estatutos, sino que a lo que se refiere el precepto es a que los estatutos pueden reglamentar los modos en que puede desenvolverse esa conferencia en formato audio o video.

RRÍA GARCÍA DE DUEÑAS, A. (dir.): *Gobierno corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores*, Navarra: Thomson-Aranzadi, 2015; “Gobierno corporativo de la sociedad no cotizada para impulsar el acceso al crédito, la captación de capital y la emisión de deuda”, en HIERRO ANIBARRO, S. (dir.): *Gobierno corporativo en sociedades no cotizadas*, Madrid: Marcial Pons, 2014.

109 BOE nº 273, 15 noviembre 2005.

110 DO L 294, 10 noviembre 2001.

111 Artículo 97 TRLSA.

112 *Gazzeta Ufficiale* nº 305, 30 diciembre 2004.

113 Así, BUSANI, A.: “Assemblea anche in audio o video. Nello statuto non è necessaria la previsione della partecipazione a distanza”, *Diritto dell’Economia*, nº 274, 11 ottobre 2017, p. 33.

En España, para el caso (y criticamos¹¹⁴ que solo sea para el caso) en que se hubiera incorporado la posibilidad de la asistencia telemática en los estatutos sociales de una sociedad anónima, indica el artículo 182 LSC¹¹⁵ que en la convocatoria de la junta general sería obligatorio describir los plazos, las formas y los modos de ejercicio telemático de los derechos de voto, representación e información de los accionistas para “permitir el ordenado desarrollo de la junta”¹¹⁶. Esta referencia legal a un desarrollo ordenado –que algún autor calificara de “loable”¹¹⁷– la volvemos a calificar de “criticable”¹¹⁸. En las razonables críticas (a las que seguimos adheridos) que mostrara el profesor ILLESCAS ORTIZ, “parece como si se estimara [...] que la utilización de la

114 No estamos solos en la crítica. También critica que la asistencia telemática se haya de contemplar necesariamente estatutariamente VAÑÓ VAÑÓ, M.^a J.: “Participación de los socios en la junta general de las sociedades cotizadas y tecnologías de la información”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS (*et al.*) (dir.): *Sociedades cotizadas y transparencia en los mercados*, Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 2019, pp. 781 y 790.

115 Artículo 182 LSC, procedente del artículo 8 de la Directiva 2007/36/CE.

116 La literalidad del artículo 182 LSC procede del apartado 5º del antiguo artículo 97 TRLSA en la modificación que incorporó la disposición final primera de la Ley 19/2005. En general, sobre el derecho a la asistencia a la junta general por medios electrónicos, en los términos de aquel artículo 97.5 TRLSA, atiéndanse a las acertadas consideraciones de ILLESCAS ORTIZ, R. en estas dos publicaciones: “La continuada...”, *op. cit.*, pp. 25-36; “El ejercicio electrónico de los derechos del socio en la sociedad anónima”, en *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, T. II, Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 803-824. Asimismo, *vid., ad ex.*, CRUZ RIVERO, D.: “El ejercicio de los derechos de asistencia y voto a la junta general de la sociedad anónima tras la modificación del art. 97 LSA por la Ley 19/2005”, en MADRID PARRA, A. (dir.): *Derecho patrimonial y tecnología*, Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 413-433; MUÑOZ PAREDES, J. M.: “Asistencia y delegación de voto por medios de comunicación a distancia en las juntas generales de accionistas”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 102, abril-junio 2006, pp. 187-194. Muy crítica con la norma se mostró: MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T.: “El derecho de información del accionista en los supuestos de ampliación del orden del día de asistencia telemática del socio a la junta general”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 26, 2006, pp. 39-57 y, en concreto, p. 39, al calificarla de “inesperada”, “poco meditada” y “precipitada”; como recogieramos en: GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T.: “El impacto de las nuevas tecnologías...”, *op. cit.*, p. 82, en nota a pie de página nº 77.

117 MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T.: “El derecho de información...”, *op. cit.*, p. 54, calificó aquella referencia de “loable”.

118 Como ya criticamos por primera vez en: GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T.: “El impacto de las nuevas tecnologías...”, *op. cit.*

electrónica, de por sí, es un factor de desorden que haya de ser corregido mediante su disciplina en la convocatoria¹¹⁹.

Con independencia de tantas críticas y sin perjuicio de otras tantas, en cuanto “la ley es parca”¹²⁰, los administradores pueden determinar que las intervenciones y las propuestas de los accionistas que deseen asistir por medios electrónicos sean remitidas a la sociedad antes de constituirse la junta. Lo que no indica la ley es si esa remisión también puede ser electrónica, aunque nada lo impide. Lo que posibilita la ley con aquella previsión es que la participación sea extemporánea. Por ello, esa facultad de la que gozan los administradores de exigir con anterioridad a la constitución de la junta el envío de las intervenciones y de las propuestas de aquellos socios que quieren asistir electrónicamente la seguimos criticando¹²¹, por ir en contra del principio de simultaneidad y por acarrear no pocas dificultades interpretativas.

Los accionistas que asisten por medios electrónicos podrían tener merceda la actuación respecto de los accionistas que asisten físicamente¹²². Incomprensible nos sigue resultando esta rigidez legal ante la existencia y la disponibilidad de tecnologías capaces de gestionar relaciones multilaterales de comunicación de simulación de un entorno de deliberación que garantice la unicidad del tiempo y del lugar de la junta general¹²³. Si la falta de viabilidad técnica nunca fue un impedimento, continuamos sin entender la (innecesaria) cautela legal si no provoca –y no provoca– mayor protección de los derechos de los socios intervinientes en la reunión; como tuvimos ocasión en otro estudio colectivo¹²⁴ de indicar y en este individual de reiterar.

119 Del profesor ILLESCAS ORTIZ, R., léase, al respecto: “La continuada...”, op. cit., p. 30; “El ejercicio electrónico...”, op. cit., p. 806

120 Tomamos prestada esta expresión de PERÉZ CARRILLO, E. F.: “Simplificación en la organización y funcionamiento de los órganos sociales: junta general de socios y consejo de administración”, en HIERRO ANIBARRO, S. (dir.): *Simplificar el derecho de sociedades*, Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 386: “La ley es parca en determinar detalles sobre cómo se articula la asistencia electrónica”.

121 Como antes las criticáramos en: GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T.: “El impacto de las nuevas tecnologías...”, op. cit., p. 83.

122 También crítico con esta previsión normativa, por introducir “demasiadas restricciones”, fue MUÑOZ PAREDES, J. M.: “Asistencia y delegación...”, op. cit., p. 193.

123 Como resaltara la profesora RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL en: GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T.: “La inquebrantabilidad del principio de unicidad...”, op. cit., pp. 63-86.

124 *Ídem*.

Se deja –se resalta– en manos de los administradores esa decisión de determinar que las intervenciones y las propuestas de los accionistas asistentes telemáticos sean remitidas antes de la constitución de la junta y los problemas aparecen en escena cuando deciden establecer el envío previo. En tal caso, en el supuesto de que el socio decidiera en el último momento asistir de manera telemática, quizás no tendría tiempo suficiente para redactar sus propuestas y enviarlas. A este socio parece que le estaría vetada la posibilidad de intervenir y de proponer durante el transcurso de la junta. La pregunta es si también se negaría esa posibilidad a aquel socio que asiste de forma remota y que, aun habiendo remitido de manera anticipada, a tiempo, sus propuestas e intervenciones, quisiera modificarlas total o parcialmente durante la celebración de la junta al hilo de las discusiones que en ella se están produciendo.

A la merma se añade el retraso. Aquel o aquellos socios que asistan por medios electrónicos y ejerciten su derecho de información durante la junta recibirán la contestación, por escrito, en los siete días siguientes a la celebración de esa junta. No se da otra opción en el artículo 182 LSC. Esto contradice lo que dispone la misma ley (quince preceptos después)¹²⁵ para el socio asistente presencialmente que solicita información verbal durante la junta. Al asistente presencial los administradores le facilitarán la información verbalmente durante su celebración y únicamente será por escrito en los siete días siguientes en el caso de que no fuese posible satisfacer ese derecho de información durante el transcurso de la sesión. Al asistente remoto técnicamente se le podría responder durante la celebración de la reunión, pero en la ley se expone que se le contestará tras su finalización¹²⁶ en el plazo antedicho de una semana, sin dar otra opción. Porque no era la técnica la que lo impedía en 2005 cuando se incorporó esta restricción legal ni menos aún es la técnica la que lo impide en la actualidad, hemos venido realizando y reiterando una interpretación acumulativa¹²⁷ de aquellos dos preceptos en el siguiente sentido: cuando sea posible dar respuesta a los cuestionamientos del asistente telemático durante la junta se dará en ella, amén de que esas contestaciones se remitirán después por escrito en los siete días siguientes. Ahora bien, hemos sido¹²⁸ y seguimos

¹²⁵ En el artículo 197.2 LSC.

¹²⁶ Criticando también este extremo se manifestaría MUÑOZ PAREDES, J. M.: “Asistencia y delegación...”, op. cit., pp. 193-194, para quien era comprensible “*que haya de garantizarse el normal desarrollo de la junta, pero no a costa de suprimir el debate*”.

¹²⁷ Vid. GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T.: “El impacto de las nuevas tecnologías...”, op. cit., p. 84.

¹²⁸ *Ídem*.

siendo conscientes de que con esta interpretación del articulado de la ley se evitaría el retraso innecesario, pero se duplicaría también innecesariamente el percibo de la información por dos vías (oral y escrita) y en dos momentos (durante y después de la junta). Pese al restringido tenor literal del artículo 182 LSC, las convocatorias de las juntas generales de las sociedades cotizadas suelen matizar que se facilitará la información que solicite el accionista que ha asistido por medios telemáticos por escrito y en los siete días siguientes a la finalización de la junta en aquel supuesto en el que, por cualquier motivo, no hubiera podido satisfacerse su derecho de información en el propio acto de la junta¹²⁹; evitando, así, duplicidades y sin retrasos.

Con el ánimo de soslayar retrasos y duplicidades no solo en la *praxis* sino también en la legislación, el proyectado Código mercantil, de 30 de mayo de 2014, planteó, en el apartado segundo del artículo 233-41, dos vías: si quienes iban a asistir por medios telemáticos remitían a la sociedad antes de la celebración de la junta sus intervenciones y propuestas recibirían la respuesta durante el transcurso de esa junta, mientras que si ejercitaban su derecho de información durante la junta por medios telemáticos podrían (no deberían) recibir la contestación “por escrito durante los siete días siguientes a la reunión”. Este era un paso (corto) adelante hacia una mayor flexibilidad y hacia una mejor adaptabilidad a unas tecnologías que técnicamente pueden permitir la interactividad de los asistentes telemáticos con los asistentes físicos durante la celebración de la junta para la efectiva comunicación entre ambos tipos de socios asistentes y para el ejercicio del derecho de información de aquellos que asisten a distancia. No era, sin embargo, el paso definitivo que encaminaría hacia el completo acomodo a unos sistemas electrónicos de comunicación simultáneos, instantáneos, capaces de posibilitar que las propuestas del socio se pospusieran hasta el momento mismo de la celebración de la junta, que durante ella pudieran ser modificadas, y que en ella fueran contestadas¹³⁰. La adaptación desde este trabajo de investigación pretendida

129 Así, por ejemplo, se ha indicado recientemente en el apartado de “intervenciones y solicitud de información” de la convocatoria de la junta general extraordinaria de accionistas, de 29 de septiembre de 2020, de la sociedad cotizada Euskaltel.

130 En línea con estas consideraciones, nos preguntamos en: GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T.: “El impacto de las nuevas tecnologías...”, op. cit., p. 93, por “*otra de las grandes ventajas prácticas que ofrecen las nuevas tecnologías, es decir, la posibilidad de posponer la transmisión de las instrucciones al momento de la junta y de modificarlas en el transcurso de la misma mediante un sistema de comunicación instantáneo*”.

sería una adaptación sin un antes, sin un después, solo durante la celebración de la junta.

El Anteproyecto de Ley de Código mercantil hace tiempo que sufre de parálisis. Ante el “paralítico” Código mercantil ha de retornar el análisis a la vigente ley de sociedades de capital. En ella resultan criticables las anunciadas rigideces legales, a modo de merma y retraso, cuando existían en el pasado reciente (cuando se incorporó en 2005 la citada previsión legal en el TRLSA, luego traspasada a la LSC) tecnologías capaces de gestionar relaciones multilaterales de comunicación a distancia y, más aún, cuando existen en el presente mejoradas (por amplitud y velocidad) tecnologías.

Aun siendo así, hay que matizar, a continuación, que puede llegar a entenderse que en una gran sociedad anónima con un alto número de socios asistiendo físicamente y otros tantos asistiendo telemáticamente pudiera resultar complicado gestionar durante la celebración de la junta dar una ágil y óptima respuesta a muchos de los ruegos y preguntas de los socios. Esta matización requiere, a su vez, un doble matiz: el primero, el advertido absentismo accionarial y, el segundo, el que no exclusivamente los asistentes presenciales deberían poder recibir contestación durante la reunión. Por ello, alegra advertir que en las convocatorias de las juntas generales de las sociedades cotizadas¹³¹ se expresa que la información al accionista asistente telemático interesado será por escrito y en los siguientes siete días a la conclusión de la junta solo en los casos en los que no hubiera podido satisfacerse ese derecho de información durante el acto de la junta.

Aunque así se disponga en las convocatorias de las juntas generales de las sociedades cotizadas, la LSC reconoce la posibilidad de la asistencia electrónica a la junta, previa previsión estatutaria, con restricciones (por no haberlas revisado ni suprimido) al ejercicio de los derechos de los accionistas asistentes telemáticos. No ha aceptado todavía de modo expreso y excelso la plena virtualización de la junta¹³². Por ello, la defensa que a partir de esta página se hará de una completa electrificación de la junta general es aún un reto pendiente¹³³. La defensa de la junta general electrónica la emprendimos y compartimos la profesora RODRÍGUEZ DE LAS HERAS y quien ahora escri-

131 Como la previamente aludida (*supra* en la nota a pie de página nº 129) de Euskaltel, de 29 de septiembre de 2020.

132 Vid. GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T.: “El impacto de las nuevas tecnologías...”, *op. cit.*, p. 81.

133 *Ídem*.

be (en solitario, aunque en plural mayestático) estas líneas en 2005¹³⁴ y la extendimos colectivamente en 2010¹³⁵. Hace diez años, menos aún hace quince años, no era un buen momento para la defensa. Era un momento adelantado. Ahora sí es el momento adecuado. Lo es por la expansión de las tecnologías (también del *blockchain*) a todos los ámbitos, también al jurídico. Lo es también por la reciente aprobación de la Directiva de digitalización del derecho de sociedades. Porque ahora lo es, se viene insistiendo, ahora en solitario (aunque partiendo de aquellas ideas colectivas) en el desafío de la electrificación e, incluso, de la *blockchainización* de la junta general.

La insistente defensa es ante un legislador que hasta la fecha no ha sabido o no ha querido admitir con claridad la junta general electrónica o virtual; salvo en los tiempos excepcionales de COVID. A salvo este período excepcional, no la ha admitido con claridad para las sociedades anónimas y la ha silenciado para las sociedades de responsabilidad limitada. La posibilidad (con restricciones) de la asistencia telemática a la junta general –incorporada por la Ley 19/2005 en la (antigua) normativa de las sociedades anónimas (TRLSA) y refundida, en 2010, por la vigente ley de sociedades de capital– se regula para las anónimas y se silencia para las sociedades de responsabilidad limitada.

Porque la regulación para las anónimas está llena de obstáculos, en anteriores publicaciones colectivas¹³⁶ no echábamos en falta que el legislador hubiera dejado pasar la oportunidad de extender el ámbito de aplicación de la norma examinada a las sociedades limitadas con la esperanza de que pronto abordaría la regulación para este otro tipo social (híbrido) de capital con mayor flexibilidad¹³⁷. Pero, ni siquiera el anteproyecto de ley de Código mercantil previó la regulación de la celebración de la junta general por medios telemáticos para ambos tipos sociales sino en exclusiva para el tipo capitalista por excelencia. Solo está previsto para la sociedad anónima, cuando la sociedad limitada es la forma social adoptada por más del noventa por ciento de las empresas, criticamos.

Ya no esperamos una previsión legal para las limitadas. Ni se espera ni es necesario. Aun cuando las reglas para la asistencia a la junta por medios

134 En: GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T.: “La inquebrantabilidad del principio de unicidad...”, op. cit., pp. 63-86; “Nuevas normas...”, op. cit., pp. 53-63.

135 En: GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T.: “El impacto de las nuevas tecnologías...”, op. cit., pp. 49-118.

136 *Ibidem*, p. 84.

137 *Ídem*.

telemáticos, previstas en el artículo 182 LSC, y para la admisión del voto electrónico, en el 189.2 del mismo cuerpo legal, son para las sociedades anónimas, la DGRN alcanzaría la razonable conclusión¹³⁸, en una Resolución de 19 de diciembre de 2012¹³⁹, que también para las sociedades limitadas han de admitirse los medios telemáticos¹⁴⁰, por videoconferencia u otros medios a distancia (como la conferencia telefónica múltiple), para la asistencia y el voto. La admisión la condicionó a una previa previsión expresa en los estatutos sociales y al aseguramiento de que “los asistentes remotos tengan noticia en tiempo real de lo que ocurre y en la medida en que los socios puedan intervenir”¹⁴¹. Concordamos con el profesor ALFARO en que los medios telemáticos para la asistencia a la junta deberían admitirse en la sociedad limitada “con independencia de lo que digan los estatutos”¹⁴². Pero, no concuerda esta opinión con lo que, en fechas más recientes, la Resolución de 26 de abril de 2017¹⁴³ indicara cuando reafirmara la admisión de esta posibilidad previa alusión estatutaria. Lo admitía al no ofrecer la asistencia remota “menores garantías de autenticidad que la asistencia física”. Lo admitía al ofrecer, a cambio, conocimiento directo de la celebración de la junta; ahorrando costosos desplazamientos desde “domicilios lejanos al domicilio social, incluso en el extranjero” y no necesitando del “nombramiento de representantes en personas que, en ocasiones, resulta difícil que sean idóneas”¹⁴⁴.

Aunque no se encuentra *a priori* obstáculo legal que impida que todos los socios de una anónima o de una limitada, previa previsión estatutaria, sean asistentes electrónicos, sigue dándonos la impresión de que en la mente del legislador español ronda la idea de que solo una parte del accionariado asistente

138 La inadmisión de la asistencia telemática en las sociedades limitadas la había puesto en cuestión: ALONSO ESPINOSA, F. J.: “Telemática y derecho de sociedades”, *Diario La Ley*, nº 7800, 2012, p. 5

139 BOE nº 22, 25 enero 2013. Resolución analizada y comentada en: VILLACENCIO, C.: “Asistencia a junta y voto por videoconferencia”, *Printfriendly.com*, 13 abril 2018.

140 Vid. LUCEÑO OLIVA, J. L.: “La celebración de la junta general por videoconferencia en la SRL: a propósito de la RDGRN de 19 de diciembre de 2012”, *Diario La Ley*, nº 8058, 2013; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: “La participación por medios electrónicos en las juntas de la sociedad limitada”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 289, 2013, pp. 75-107.

141 Resolución de 19 de diciembre de 2012.

142 Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “La junta universal a la que algún socio asiste por teléfono”, *Blog Almacén de Derecho*, 6 septiembre 2016.

143 BOE nº 116, 16 mayo 2017.

144 En aseveraciones de la Resolución de la DGRN de 26 de abril de 2017.

lo hace utilizando las TICs¹⁴⁵. Aunque, a nuestro parecer, el razonamiento no debiera divergir dependiendo del número (uno, varios o todos) de los socios que sean asistentes telemáticos, el hecho de que todos los socios asistan en remoto pudiera verse dificultado por las limitaciones legales antes descritas para la asistencia telemática en el caso de las sociedades anónimas¹⁴⁶.

Avanzando en el recorrido que venimos marcando hacia una completa electrificación, hay que advertir que parece que aparece un obstáculo en el camino, en tanto en las sociedades anónimas como en las sociedades limitadas la exigencia legal de un lugar físico para la celebración de la junta coincide con “el término municipal donde la sociedad tenga su domicilio”, en virtud del artículo 175 LSC. Así es, salvo en el supuesto legal excepcional –aunque habitual en la práctica de las sociedades (limitadas) de pocos socios¹⁴⁷– de la junta universal; en la que estando presente todo el capital se acepta por unanimidad la celebración de la junta, que podrá celebrarse en cualquier lugar del territorio nacional o del extranjero¹⁴⁸. En efecto, reunidos todos los socios (por sí o por representante) en una junta universal ni es necesaria la previa convocatoria (formal)¹⁴⁹ ni tampoco la celebración en la municipalidad del domicilio social¹⁵⁰.

A excepción de la junta universal, la previsión legal general de la celebración de la reunión en el término municipal del domicilio social parecería, en principio, dificultar nuestra ansiada plena virtualización de las sesiones. Más aún, cuando este precepto ha venido siendo interpretado por la DGRN (en

145 Vid. GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T.: “El impacto de las nuevas tecnologías...”, op. cit., p. 84.

146 Vid. CARLINO, B. P.: *Firma digital y derecho societario electrónico*, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, diciembre 1998, p. 192.

147 Vid., por todos, BROSETA PONT, M.; MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual...*, op. cit., p. 473.

148 Artículo 178.2 LSC. También, STS 9 noviembre 1955, STS 17 diciembre 1997, STS 31 mayo 1999. Vid. BROSETA PONT, M.; MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual...*, op. cit., pp. 467, 472-473. Más específicamente, léase: OTERO LASTRES, J. M.: “El requisito de la aceptación unánime en la junta universal de la sociedad anónima”, en *Derecho de sociedades: Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, Vol. II, Madrid: McGraw-Hill Interamericana España, 2002, pp. 1229-1244. En fechas recientes, LARGO GIL, R., “La junta universal sin sesión...”, op. cit., pp. 506 y ss.

149 Aunque sí habrá una convocatoria informal (“v. gr.: por carta, correo electrónico o incluso verbalmente”), como con lógica se apunta en: BROSETA PONT, M.; MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual...*, op. cit., p. 473.

150 Artículo 178 LSC.

Resoluciones de 19 de diciembre de 2012 y de 30 de septiembre de 2014) como la exigencia legal de “una ubicación física para la celebración de la junta general” o de “un espacio geográfico determinado”.

Ahora bien, aquel precepto (el 175) reconoce desde su inicio la autonomía de la voluntad, al comenzar con la salvedad contraria de los estatutos. Hay que estar, en primer término, a lo que libremente las partes hayan dispuesto en los estatutos sociales y, en la hipótesis de que nada en ellos se hubiera dispuesto en contra, la reunión se desarrollaría “en el término municipal donde la sociedad tenga su domicilio”. Además, si en la convocatoria de la reunión no figurase el lugar concreto de la reunión, se entendería que había sido convocada para celebrarse en el (local del) domicilio social.

Abriendo, como se abre, la puerta a la autonomía de la voluntad de los socios para que, si lo desean, establezcan mediante la oportuna cláusula estatutaria un lugar de reunión no coincidente con el del municipio en el que se sitúa el domicilio social, no se perjudica el interés de los socios. Conocen de antemano el contenido de los estatutos y saben que, cuando la convocatoria no alude al lugar de reunión, han de acudir, por sí o por medio de representante, al local del domicilio social para ejercer sus derechos de asistencia y, en su caso, de voto. La tutela de los socios se obtiene con el conocimiento anticipado¹⁵¹.

Ejercitando el principio de autonomía de la voluntad, que permite en el presente establecer mediante una cláusula estatutaria un lugar de reunión no coincidente con el del municipio en el que se sitúa el domicilio social, creemos factible interpretar que el sitio *web* sea el “lugar” elegido y determinado en los estatutos para la celebración de la junta tanto en la sociedad anónima como en la sociedad de responsabilidad limitada. Una cláusula en los estatutos –en el momento de la constitución societaria o previa modificación estatutaria– con inclusión de la *web* como lugar de reunión y con la referencia a un sistema digital para la adopción de los acuerdos sociales sería la puerta abierta hacia una junta completamente virtual¹⁵².

Si se nos permite, retrocederemos un instante al pasado para recordar que

151 Así, lo comentaría RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T. en: GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T.: “La inquebrantabilidad del principio de unicidad...”, op. cit., p. 74.

152 PASCUAL, J.: “¿Es posible un verdadero sistema digital...?”, op. cit., incidiría en la necesidad de “*modificación estatutaria que incluya un clausulado orientado a la adopción de acuerdos mediante una herramienta telemática*”. Insistiría en que “*para que el proceso sea válido y no se deniegue la adopción de un acuerdo en el Registro Mercantil, [debe introducirse] cláusulas permitidas en los estatutos que posibiliten este sistema*”.

(antes de la entrada en vigor de la LSC, en 2010) esa puerta estatutaria estaba abierta en exclusiva para la sociedad de responsabilidad limitada porque para la sociedad anónima el artículo 109.1 TRLSA de 1989 exigía que las reuniones se celebraran en la localidad donde la sociedad tuviera su domicilio, sin más excepciones que la fuerza mayor y la junta universal. De ese modo, no hubo resquicio para que, entrando en juego la libre autonomía de la voluntad, una sociedad anónima decidiera designar en sus estatutos un lugar de reunión distinto al del término municipal del domicilio¹⁵³.

Ante la imposibilidad de una previsión estatutaria en contrario para las anónimas en su anterior regulación, indagábamos en anteriores publicaciones¹⁵⁴ en busca de la admisibilidad de la identificación de la página *web* con el domicilio social y encontrábamos tres posibles (unas más posibles que otras) respuestas. La primera, la más ambiciosa, nos conducía a la plena identificación del sitio *web* como domicilio “virtual”. La *web* corporativa “no deja de ser el domicilio virtual de la sociedad, aunque no sea el domicilio social”, como indicara el notario ROSALES¹⁵⁵. Esa primera propuesta colectiva nuestra de la *web* como sede social chocaba (y sigue chocando), sin embargo, con un derecho societario que exigía el engarce geográfico real de la junta. La segunda propuesta, más realista, pasaba por equiparar, a efectos de comunicación e información, el sitio *web* con el domicilio social, sin que este último perdiera su posición central en la normativa. En este sentido, indicábamos¹⁵⁶ que el sitio *web* corporativo actuaba como sede asimilada, desempeñando una función que la profesora RODRÍGUEZ DE LAS HERAS llamaba gráfi-

153 Vid. GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T.: “La inquebrantabilidad del principio de unicidad...”, *op. cit.*, p. 73.

154 Como nos preguntábamos las autoras, con propuesta inicial de RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, en: *ibidem*, pp. 80-83. Asimismo, en: GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T.: “El impacto de las nuevas tecnologías...”, *op. cit.*, pp. 85-87.

155 En aseveración de ROSALES, F.: “Convocatoria de junta general...”, *op. cit.* También BOQUERA MATARREDONA, J.: “La página *web*...”, *op. cit.*, p. 646, indica que la asimilación de la *web* corporativa con el domicilio social no se desprende de la LSC, aunque haya autores (como los que ella cita: VAÑO VAÑO, M.^a J. o ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R.) que los asimilen. En efecto, en fechas recientes, VAÑO VAÑO, M.^a J.: “Participación de los socios...”, *op. cit.*, pp. 774, 778, 785, 789, sigue insistiendo en la asimilación entre la *web* corporativa y el domicilio social (sede electrónica).

156 En: GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T.: “El impacto de las nuevas tecnologías...”, *op. cit.*

camente “*mirror image*”. La tercera, la más conformista, asumía que el sitio *web* no actuaba ni como sede social ni como sede asimilada, sino como el “lugar”¹⁵⁷ elegido y determinado para la celebración de la junta. Pero, esta tercera propuesta restringía su aplicación a las sociedades limitadas porque en su anterior ley (de 1995) se reconocía para ellas la autonomía de la voluntad para la designación estatutaria del lugar de celebración de la junta general. No obstante, no podía abarcar a las sociedades anónimas hasta que el legislador español decidiera abordar esta cuestión permitiendo el pacto en contrario¹⁵⁸. Una vez que ha sido admitido en la ley de sociedades de capital tanto para las anónimas como para las limitadas el pacto estatutario en contra, la admisión de la virtualización de la junta la entendemos posible en el tercero de los sentidos expuestos, esto es, cuando el sitio *web* sea el “lugar”¹⁵⁹ elegido y determinado estatutariamente para la celebración de la reunión en junta.

En conclusión, para una interpretación indubitada de la viabilidad de la junta general electrónica entendemos que se requiere, al menos, una referencia legal a la posibilidad de disposición estatutaria contraria a la reunión en el municipio donde la sociedad tenga su domicilio. Permitiendo –como permite la ley de sociedades de capital– la inclusión en los estatutos de una cláusula que disponga un lugar de reunión distinto al del municipio del domicilio social, no encontramos impedimento para que todos los socios se reúnan (a distancia) en la *web*, si esta ha sido elegida estatutariamente como el “lugar” de la reunión y “si todos los socios están de acuerdo en estar presentes de tal forma [telemática]”¹⁶⁰.

Con la libre elección y la designación estatutaria, el sitio *web* corporativo,

157 De esta opinión fue VAÑÓ VAÑÓ, M.^a J.: “Información y gobierno electrónico en las sociedades cotizadas”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n^o 95, julio-septiembre 2004, p. 108.

158 Advirtiendo de la necesaria modificación legal para admitir la viabilidad de la junta electrónica propiamente dicha: IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W.: “El ejercicio telemático de los derechos del accionista en las sociedades cotizadas españolas”, *Revista de Derecho Mercantil*, n^o 95, año XXIII, julio-septiembre 2004, pp. 1029-1035. Asimismo, RECALDE CASTELLS, A. J.: “Incidencia de las tecnologías...”, op. cit., p. 29, indicó que, si no hay posibilidad legal de prever en los estatutos un lugar de reunión distinto al del municipio del domicilio social (como ocurría con el TRLSA de 1989 para la anónima), hay una “*invia-bilidad legal de la junta virtual*”.

159 De la misma opinión, VAÑÓ VAÑÓ, M.^a J.: “Información y gobierno electrónico...”, op. cit., p. 108.

160 En añadido de PASCUAL, J.: “¿Es posible un verdadero sistema digital...?”, op. cit.

como lugar de celebración de la junta electrónica, cumpliría el requisito de previsibilidad con igual estabilidad que cualquier indicación de un lugar físico o territorial¹⁶¹. La generalizada disponibilidad de la Red permite valorar también el cumplimiento del requisito de accesibilidad del domicilio social como lugar de reunión¹⁶². Más aún cuando, precisamente, internet es el lugar en el que se mueven con habilidad las nuevas empresas tecnológicas destinatarias (no en solitario) de las propuestas que han ido atisbándose a lo largo de la presente investigación.

Aun así y aunque la viabilidad de la junta general electrónica halla su razón de ser en el principio de equivalencia funcional¹⁶³, la previsibilidad del lugar de celebración de la junta podría alcanzarse, a nuestro parecer¹⁶⁴, de forma más satisfactoria con el expreso reconocimiento legal de la posibilidad de celebrar una junta virtual sin necesidad de una cláusula que en los estatutos lo prevea.

161 Así, lo indicaría RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL en: GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T.: “La inquebrantabilidad del principio de unicidad...”, op. cit., p. 83.

162 En GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T.: “El impacto de las nuevas tecnologías...”, op. cit., p. 87, valorábamos con cautela este requisito de la accesibilidad, en tanto en las fechas en las que se redactaba aquel trabajo de investigación podía no haber (como, sin embargo, prácticamente hay en la actualidad) una disponibilidad generalizada del acceso a Internet para todos los socios.

163 Con base en el artículo 23 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico (LSSI o LSSICE) (BOE n° 166, 12 julio 2002). Un completo estudio de este y otros principios y fundamentos del derecho que rige la contratación electrónica es: ILLESCAS ORTIZ, R.: *Derecho de la Contratación electrónica*, 2ª ed., Madrid: Civitas, 2009, 368 pp. También en: MADRID PARRA, A.: “Contratación electrónica, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, T. III, Madrid: Civitas, 1996, pp. 2913-2957. Específicamente el análisis de la viabilidad de la junta general electrónica a través del principio de equivalencia funcional lo hicimos en: GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T.: “La inquebrantabilidad del principio de unicidad...”, op. cit., pp. 63-86. En diversas publicaciones, ILLESCAS ORTIZ, R. (“La continuada...”, op. cit., pp. 55-56; “El ejercicio electrónico...”, op. cit., p. 824; “Los principios de la contratación electrónica, revisitados”, en MADRID PARRA, A. (dir.): *Derecho patrimonial y tecnología*, Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 36) afirmaba con, visión de futuro, que la reunión electrónica se encontraba (tras la reforma del anterior artículo 97 TRLSA) ampliamente fundamentada en las normas vigentes, si bien matizaba que esta afirmación había de hacerse “con cautela por el momento”. Con todo, expondría que “resultaría incluso anti-natura que tal órgano –la junta de accionistas– fuere excluido de la mencionada electrificación”.

164 Previamente lo plasmamos en: GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T.: “El impacto de las nuevas tecnologías...”, op. cit., p. 85.

Es cierto que podría ser factible realizar una interpretación a favor de la sesión virtual sin necesidad de un cambio en la ley de sociedades de capital, con una interpretación flexible acorde con “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas” las normas, de conformidad con el artículo 3.1 del Código Civil¹⁶⁵ (todavía de 1889). Pero, también lo es que la plasmación expresa de la digitalización en la legislación posibilitaría la admisión de la reunión en remoto con mayor seguridad jurídica, sin necesidad de interpretaciones amplias o flexibles. Sin interpretaciones laxas, si hubiera una admisión legal indubitada de la celebración de una junta electrónica, no habría necesidad de una cláusula estatutaria que la previera en formato digital. Avanzando hacia la expansión de la plena digitalización de la reunión, el legislador podría, incluso, prever que la reunión se celebrara mediante medios de comunicación remota, salvo un pacto estatutario contrario que previera la reunión con presencias físicas para la interacción cara a cara de los socios.

De modo expreso se ha admitido la reunión celebrada en remoto en sistemas jurídicos comparados. Así, por ejemplo, en el artículo 266 de la Ley general de sociedades mercantiles de México para las sociedades por acciones simplificadas¹⁶⁶. Su apartado segundo expone que podrá acordarse que la asamblea de accionistas se celebre de manera presencial o por medios electrónicos, en los términos del artículo 89 del Código de comercio mexicano, bajo los principios de neutralidad tecnológica y de equivalencia funcional. Más al norte en el Continente americano, las *sections* 211 (a.1 y a.2) y 219 (a. *in fine*) de la *General Corporation Law, Delaware Code* (DGCL)¹⁶⁷, aluden a la reunión de socios mantenida únicamente mediante una comunicación remota. Más al norte aún, también se permiten las juntas por completo virtuales en la *section* 132.5 de la *Canada Business Corporations Act*¹⁶⁸.

165 Como interpretara el profesor J. L. DE CASTRO MARTÍN en el coloquio que hubo en la mesa redonda moderada por M. MARTÍN DE VIDALES en el seminario: “Robótica y empresa: desafíos, talento y digitalización global”, de la Cátedra Garrigues y el Observatorio Fintech Everis Comillas, el 30 de septiembre de 2019, en ICADE.

166 “Podrá acordarse que las reuniones se celebren de manera presencial o por medios electrónicos si se establece un sistema de información en términos de lo dispuesto en el artículo 89 del Código de Comercio”, que alude a los principios de neutralidad tecnológica y equivalencia funcional.

167 Title 8: “Corporations”. Chapter 1: “General Corporation Law”. Subchapter VII: “Meetings, elections, voting and notice”.

168 R.S.C., 1985, c. C-44. Part. XII: “Shareholders”: 132.5: “Meeting held by electronic means”: “If the directors or the shareholders of a corporation call a meeting of

De vuelta a España, para ganar en seguridad jurídica solicitamos un reconocimiento legal expreso de la posibilidad de que la *web* corporativa pueda ser el lugar para la celebración de la junta. Resumiendo y concretando lo anterior, porque la transparencia, la eficiencia, la protección y la reactivación de los derechos de los socios justifican una constante y renovada atención del legislador por las nuevas tecnologías en el ámbito organizativo, no nos cansamos de recalcar (aunque quizá sea cansado releer) que convendría que admitiera la ley, tanto para las anónimas como para las limitadas, sin necesidad de previsión estatutaria¹⁶⁹, el sitio *web* como “lugar”¹⁷⁰ de celebración de la junta.

El sitio *web* como “lugar virtual” de celebración de la junta general pudiera establecerse en la LSC de manera alternativa (mediante “o”) al domicilio social como lugar para la reunión, cuando la sociedad no cotizada tuviera una página *web*; que en el caso de las denominadas “ciberempresas”¹⁷¹ –a quienes desde aquí dirigimos una especial mirada y atención– probablemente la tendrán. Aunque también quizás, en vez de la previsión alternativa (sitio *web* o domicilio social), podría pensarse en incluir la referencia a la *web* de manera aislada. Sería al modo en que la página *web* está prevista de forma expresa y como primer medio para el anuncio de la convocatoria de la junta general en el artículo 173 LSC, salvo cláusula estatutaria contraria que contemplara el domicilio de la sociedad o cualquier otro lugar físico para la reunión. No obstante todo lo anterior, creemos que sería mejor aún, la previsión más general (sin especificación de la *web* como “lugar”) de que la junta pudiese celebrarse en remoto por cualquier medio electrónico, al estilo de la previsión de México, de *Delaware* o de Canadá. Sería mejor que no hiciera falta una previsión estatutaria expresa al respecto, aunque por la exigencia de previsión estatutaria y la autorización del órgano de administración se haya decantado el Cód-

shareholders pursuant to this Act, those directors or shareholders, as the case may be, may determine that the meeting shall be held, in accordance with the regulations, if any, entirely by means of a telephonic, electronic or other communication facility that permits all participants to communicate adequately with each other during the meeting, if the by-laws so provide. (R.S., 1985, c. C-44, s. 132; 2001, c. 14, s. 55).

169 Recordemos que, a juicio de ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “La junta universal a la que algún socio asiste...”, op. cit., los medios telemáticos para la junta deberían admitirse “*con independencia de lo que digan los estatutos*”.

170 De la misma opinión fue VAÑÓ VAÑÓ, M.^a J.: “Información y gobierno electrónico...”, op. cit., p. 108.

171 En la denominación empleada en la página 15 del plan de acción sobre emprendimiento 2020.

go de *Delaware*¹⁷². Sin necesidad de previsión estatutaria y entendiendo que la sesión virtual se ha celebrado en el domicilio social, comprobaremos después que se ha previsto y entendido en la regulación excepcional y temporal que para las juntas virtuales ha habido en nuestro país para el año 2020, por mor del Real Decreto-Ley 8/2020 (sucesivamente versionado) para atender al devastador impacto de COVID-19.

La previsión general de la junta en remoto podríamos quizá pensar inicialmente restringirla a las sociedades (anónimas o limitadas) no cotizadas, aunque inicialmente fuese solo para las sociedades cotizadas para las que previó el artículo 41 del recién citado Real Decreto-Ley de 2020 la junta íntegramente digital. Ese pensamiento inicial podría encontrar razón en que para las que negocian sus valores en Bolsa seguiría estando justificada la reunión presencial (siempre con la posibilidad de la asistencia y la votación a distancia) por el elevado número de socios, a efectos de una óptima organización de la reunión. De pensar así, aquellas previsiones legales que proponemos parecerían, en un principio, que resultarían de utilidad más para las pequeñas sociedades de pocos socios que para las grandes sociedades de muchos socios. Opinaría PÉREZ CARRILLO¹⁷³ que “es en las pequeñas donde más fácil y eficazmente se puede introducir un régimen flexible en materia de quórum y mayorías en la junta, que junto con la aplicación de nuevas tecnologías facilite la adopción de decisiones [...] sin necesidad de que tenga lugar una reunión física”. En las grandes sociedades anónimas cotizadas la reunión física ha estado tradicionalmente consolidada y ha venido siendo justificada a efectos organizativos o técnicos¹⁷⁴ y a efectos de la garantía del ejercicio de los derechos políticos de los socios minoritarios¹⁷⁵ para evitar fraudes o abusos. Ello siempre, claro está, que siguiese existiendo la posibilidad legal del ejercicio remoto de

172 En la *section* 211 (a.1).

173 Vid. PÉREZ CARRILLO, E. F.: “Simplificación en la organización...”, op. cit., pp. 371-372.

174 Como así indicábamos en: GARCÍA MANDALONIZ, M.: “Hacia la junta...”, op. cit.; concordando con: RECALDE CASTELLS, A. J.: “Incidencia de las tecnologías...”, op. cit., p. 29, cuando comentara que la junta virtual “*no es viable técnicamente para las sociedades cotizadas con miles de socios*”.

175 Un apunte acerca de la desconfianza de las juntas virtuales en las sociedades cotizadas por la falta de garantía de los derechos de los socios minoritarios puede leerse, en fechas recientes, en: ALCALÁ DÍAZ, M.ª A.: “Juntas generales virtuales: ¿excepcionalidad u oportunidad?”, *eEconomista.es*, 2 abril 2020. Otro más en: GÁLLEGO LANAU, M.: “La celebración de la junta íntegramente virtual...”, op. cit., p. 6.

los derechos de información, asistencia, representación, delegación y voto, y dejen de existir las restricciones legales de merma y retraso que para la asistencia telemática subsisten.

Pero, a esta inicial opinión podría dársele la vuelta para opinar¹⁷⁶, al contrario, que es precisamente en las pequeñas sociedades (limitadas) donde convendría más la reunión física de los socios (con la posibilidad legal de la asistencia remota de algunos de ellos) porque cuánto más reducido es el número de socios más importante es el cara a cara para acordar. Continuando con esta opinión dada la vuelta, cuántos más socios, más en las cotizadas, más extendida está la asistencia telemática y los votos electrónicos anticipados antes de la reunión en la junta¹⁷⁷; y cuánto más extendida está la asistencia telemática a la junta, más cerca parece estar la aparición de la auténtica junta telemática.

Su aparición y extensión es una realidad en el mercado cotizado estadounidense. Noticias acerca de la preocupación de los accionistas minoritarios por las “*online-only meetings*” han ido, sin embargo, publicándose allí por entender que la tecnología puede facilitar a la gerencia escapar del escrutinio¹⁷⁸. Haciéndose eco de estas noticias, GALLEGO CÓRCOLES¹⁷⁹ consideró que: “sigue teniendo sentido mantener, por el momento, una reunión física de junta general en las sociedades cotizadas, sin perjuicio de la posibilidad de la asistencia remota”. El sentido lo encontraba en no permitir “a los miembros del órgano de administración esconderse en la tecnología para no hacer frente a los accionistas en una reunión física de junta general”¹⁸⁰. Entendemos que la tecnología no es –o no debería ser– un medio para esconderse y no ha-

176 Como así opinara M. MARTÍN DE VIDALES en el debate que se desarrolló tras la mesa redonda que moderó en el seminario: “*Robótica y empresa: desafíos, talento y digitalización global*”, organizado por la Cátedra Garrigues y el Observatorio Fintech Everis Comillas, en ICADE, el 30 de septiembre de 2019.

177 *Ídem*.

178 Véase, por ejemplo, MOONEY, A.: “Fund managers stand with nuns in fight against virtual AGMs”, *Financial Times*, January 15, 2018: “*Investors fear shift to online-only meetings allows companies to escape scrutiny*”. “*Many investors are worried about the shift online, fearing that such a move disadvantages shareholder, particularly small investors for whom the AGM is often their only chance to speak to management. There is also concern that companies will find it easier to escape scrutiny*”.

179 En: GALLEGO CÓRCOLES, A.: “El blockchain...”, op. cit., p. 334.

180 Citando a: FOLEY, S.: “US companies defy investors with switch to online annual meetings”, *Financial Times*, March 31, 2017; MOONEY, A.: “Fund managers...”, op. cit.

cer frente a los accionistas minoritarios sino un medio para ser transparente a menores costes. Aun así, ni desconocemos ni minorizamos la preocupación de los pequeños inversores estadounidenses por las juntas propiamente virtuales de las sociedades que cotizan sus valores en un mercado secundario organizado; aun cuando esta preocupación podría aminorarse o eliminarse en nuestra geografía con la asistencia telemática del notario¹⁸¹.

En cualquier caso, se opine que es mejor para unos u otros tipos de sociedades, cotizadas o no cotizadas –y opinamos, al final, que lo sería tanto para las pequeñas no cotizadas como para las grandes cotizadas, como se ha demostrado en la época COVID–, sería siempre mejor que esté prevista legalmente para todas ellas, para que sea cada una quien elija el formato más apropiado para cada reunión. Si así lo opinamos para cualquier sociedad (limitada o anónima), así lo opinaríamos para una sociedad simplificada, si la simplificación se articulara algún día en nuestro ordenamiento societario. Con el reconocimiento en nuestro sistema jurídico-privado de la junta general de cualquier sociedad celebrada por cualquier medio de comunicación a distancia se estaría reconociendo un auténtico modelo virtual para la conformación de la voluntad social a través del órgano colegiado soberano, al que probablemente se le recuperaría o reforzaría la soberanía perdida¹⁸², más perdida en las grandes y cotizadas que en las pequeñas sociedades no cotizadas.

Ese modelo puramente virtual se distinguiría de otros modelos pretendidamente virtuales¹⁸³. Entre los que pretenden y no consiguen ser virtuales, se hallarían aquellos en los que las TIC se emplean tan solo para retransmitir, con meros efectos informativos, una reunión física, en la que quienes

181 Aun cuando para el contexto del estado de alarma, PALÁ LAGUNA, R.; MARÍN DE LA BÁRCENA, F.: “La junta general durante el estado de alarma (sociedades no cotizadas)”, *GA_P*, marzo 2020, opinarían que “*la solicitud y asistencia telemática del notario [...] serviría para evitar posibles fraudes o abusos*” en las “*juntas enteramente online*”.

182 Comentaría PÉREZ CARRILLO, E. F.: “Simplificación en la organización...”, op. cit., pp. 359-360, que “*en los últimos años se está produciendo un creciente movimiento favorable a devolver a este órgano [la junta general] (o más bien a fortalecer) su papel soberano*”. “*Y con este objetivo, la simplificación de su funcionamiento juega un papel esencial*”. Como vías de simplificación, habla (en p. 369) de “*la posibilidad de adoptar acuerdos sin reunión física*”, según “*se va introduciendo en las legislaciones de la mano de las TIC*”.

183 En la expresión empleada en nota a pie de página nº 66 en: GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T.: “El impacto de las nuevas tecnologías...”, op. cit., p. 79.

visualizan y escuchan en tiempo real la retransmisión no pueden participar telemáticamente porque ni siquiera son considerados como asistentes telemáticos¹⁸⁴. Una transmisión en directo a través de la *web* corporativa de la celebración presencial de la junta general se recomienda¹⁸⁵ en el Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas¹⁸⁶. Entre los virtuales, pero no plenos, estaría aquel otro supuesto (regulado en la LSC) en el que sí hay unos (pocos o muchos) asistentes telemáticos que pueden ejercitar sus derechos de información y de voto, pero en el que no todos los socios asisten telemáticamente¹⁸⁷.

El modelo virtual pleno o propio es aquel en el que no hay asistentes físicos sino solo telemáticos, en el que no hay una sesión presencial sino una sesión virtual¹⁸⁸. En la sesión virtual ha de garantizarse la simultaneidad en el tiempo (con una fecha y hora previamente establecida conforme a un uso horario predeterminado) y en el lugar (el lugar virtual, aunque el acceso a él

184 Conforme aludía RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLEL en: GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T.: “La inquebrantabilidad del principio de unicidad...”, op. cit., p. 77 y, en específico, en la nota a pie nº 44, el 30 de enero de 1971, la compañía Telefónica celebró una junta general en Madrid que fue retransmitida por televisión en directo por un circuito cerrado en Barcelona y Bilbao, con una función solo informativa. Vid. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: “Reflexiones en torno a la retransmisión por televisión de la J.G. de la S.A. (A propósito de la JG de la CNTE de enero de 1971)”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 121, julio-septiembre 1971, pp. 351-377. En fechas recientes aludieron al primer antecedente, así como al de la retransmisión por un circuito cerrado de televisión de la junta general de Rhône-Poulenc en las ciudades francesas de Lyon y París: LEACH ROS, B.; PÉREZ PUEYO, A.: “La identificación del accionista en los supuestos de ejercicio del derecho de voto por medios electrónicos, ya personalmente o a través de representante”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (et al.) (dir.): *Sociedades cotizadas y transparencia en los mercados*, T. I., Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 2019, p. 265; citando a: FERNÁNDEZ DEL POZO, L.; VICENT CHULIÁ, F.: “Internet y derecho de sociedades...”, op. cit., p. 26; MUÑOZ PAREDES, J. M., *Nuevas tecnologías...*, op. cit., p. 184.

185 Recomendación séptima.

186 Publicado en febrero de 2015 y revisado en junio de 2020.

187 A este modelo legal de junta presencial con asistencia telemática de algunos socios lo califica como “junta híbrida”: GALLEGO CÓRCOLES, A.: “El *blockchain*...”, op. cit., p. 332.

188 La junta sin asistencias (personales) ni lugares (físicos) celebrada, el 15 de julio de 2006, por la compañía británica Jimmy Choo, P.L.C., como ejemplo de junta general completamente virtual, se cita en: HERRERO MORANT, R.: “Celebración en el Reino Unido de la primera junta general de accionistas totalmente telemática”, *RdS*, nº 48, 2016, pp. 439-441.

se haga desde muy distintos e, incluso, lejanos lugares geográficos)¹⁸⁹. Así no se rompería, así se mantendría, el tradicional y básico principio de unicidad de tiempo y lugar tradicional y característico de la junta general¹⁹⁰.

En el modelo virtual propiamente dicho, con asistencia a distancia de los socios y administradores, bajo el empleo de tecnologías instantáneas e interactivas, no habría espacio para mermas ni retrasos. No habría necesidad de anticipar las propuestas ni las instrucciones como tampoco de posponer las respuestas a las cuestiones, salvo que se requirieran averiguaciones adicionales para unas correctas contestaciones. ¿Habría necesidad de incluir, desde el momento fundacional o tras un acuerdo de modificación de los estatutos, una cláusula estatutaria que previera la posibilidad de celebrar una junta general completamente virtual? Podría pensarse¹⁹¹ que se necesitaría para tratar de minorar la “posibilidad de impugnación de los acuerdos adoptados en la junta realizada totalmente por medios electrónicos por algún accionista”¹⁹². Podría convenir a estos efectos prácticos, pero debería no tener que necesitarse una cláusula estatutaria previsoras y no se necesitaría si se regulase expresamente en la legislación de sociedades de capital (para anónimas y limitadas); con la única necesidad de que hubiera garantía de la identificación del socio y de la seguridad de la comunicación electrónica.

Reguló la “celebración de la junta general por medios telemáticos” el paralizado anteproyecto de ley de Código mercantil, en el antedicho artículo 233-41, en el apartado primero. Lo reguló de manera extensa y diversa, aun cuando remitiéndose a la correspondiente disposición estatutaria que, (solo) para la sociedad anónima, podría contemplar la asistencia y la participación de los accionistas a la junta por medios electrónicos, bien “mediante la transmisión de la reunión o la comunicación bidireccional que permita a los accionistas dirigirse a la junta desde un lugar distinto, ambas en tiempo real”, bien “mediante un procedimiento para emitir directamente el voto, antes o durante la junta”, o bien mediante “otra forma habilitada al efecto”. Fuese de una u otra manera, debía ser con garantía (para la protección) de la verificación de la identidad de los socios y la seguridad de las comunicaciones electrónicas. Por

189 Vid. GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T.: “La inquebrantabilidad del principio de unicidad...”, op. cit., p. 84.

190 *Ibidem*, pp. 63-86.

191 Como piensan LEACH ROS, B.; PÉREZ PUEYO, A.: “La identificación del accionista...”, op. cit., p. 267.

192 *Ídem*.

estar redactada en forma amplia, esta previsión legal hubiera podido albergar (de haberse aprobado el proyectado Código mercantil) tanto el modelo virtual no pleno como el pleno o propio a los que hemos hecho referencia.

Se alberga el modelo virtual pleno en otras latitudes. Así, en las británicas. El artículo 360A¹⁹³ de la *Companies Act* 2006, desde su modificación en 2009¹⁹⁴, contempla¹⁹⁵ –sin que ninguna disposición de ese texto legal pueda ser obstáculo– la celebración de una reunión donde los socios no estén juntos en un mismo lugar físicos y puedan asistir, deliberar y votar por medios electrónicos. Las únicas restricciones que contempla¹⁹⁶ para las sociedades cotizadas son las necesarias y proporcionales para garantizar la identificación de los accionistas y la seguridad de las comunicaciones electrónicas. Buen ejemplo, por permitir y favorecer, con amplitud y con restricción de las restricciones, una junta a distancia, sin presencias, sin lugares.

2.2.1 Con asistencia telemática en la etapa COVID ¿y post-COVID?

De regreso a la geografía española, se ha permitido, aun con dudas interpretativas iniciales¹⁹⁷, la celebración de las juntas generales completamente virtuales durante un período crítico y excepcional: el de restricción de movimientos por la declaración y prórroga del estado de alarma con el propósito de evitar la propagación del coronavirus entre la población. Ante el gran impacto de esta gran crisis no solo sanitaria sino también social y económica, los artículos 40 y 41 del Real Decreto-Ley 8/2020 aplicaron medidas extraordinarias (no solo) a las sociedades mercantiles cotizadas y no cotizadas. Ambos artículos se modificaron, primero, por el apartado decimotercero de la disposición final primera del Real Decreto-Ley 11/2020¹⁹⁸ y, después el artículo 40, por la disposición final cuarta del Real Decreto-Ley 21/2020¹⁹⁹.

193 Chapter 7: “*Supplementary provisions*”: 360.A: “*Electronic meetings and voting*”.

194 *Companies (shareholders rights) regulation* 2009 (S.I. 2009/1632).

195 En el apartado primero.

196 En el apartado segundo.

197 Léanse *infra* las notas a pie de página nº 208 y 209.

198 Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (BOE nº 91, 1 abril 2020), con vigencia desde el 2 de abril de 2020. Por Resolución de 9 de abril de 2020, del Congreso de los Diputados, se ordenó la publicación del acuerdo de convalidación de este Real Decreto-Ley 11/2020 (BOE nº 103, 13 abril 2020).

199 Real Decreto-Ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención,

Para las sociedades anónimas cotizadas se previó –desde la redacción original del artículo 41.1.c) del Real Decreto-Ley 8/2020– excepcionalmente, durante el año 2020, la celebración de la junta “en cualquier lugar del territorio nacional” y la asistencia y el voto a distancia –en los términos de los artículos 182, 189 y 521 de la LSC–, aun cuando los estatutos no lo hubieran contemplado; si el consejo de administración así lo hubiera previsto en la convocatoria o, de estar ya publicada la convocatoria antes de la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley (el 18 de marzo de 2020)²⁰⁰, si así lo previera en el anuncio complementario²⁰¹. Un razonable matiz en la interpretación de este extremo vendría de la mano de la fundación para la investigación del derecho y la empresa (FIDE) en las conclusiones que planteara con ocasión de las normas extraordinarias dictadas durante el estado de alarma²⁰²: solo con presencialidad en la junta si las cuestiones a tratar tuviesen un “carácter esencialmente urgente”²⁰³. Antes de la publicación de este Real Decreto-Ley e incluso antes de la declaración del estado de alarma, en las “consideraciones de la CNMV sobre las juntas generales de las sociedades cotizadas ante la situación sanitaria creada por el COVID-19”, de 10 de marzo de 2020, se recomendaba²⁰⁴ maximizar el empleo de los medios de asistencia en remoto y voto

contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE nº 163, 10 junio 2020). Mediante Resolución de 25 de junio de 2020, del Congreso de los Diputados, se aprobó el acuerdo de convalidación de dicho Real Decreto-Ley 21/2020 (BOE nº 180, 30 junio 2020).

200 Conforme a la disposición final novena.

201 Matizaría PÉREZ CARRILLO, E. F.: “COVID-19. Medidas urgentes en materia de derecho de sociedades (II). Sociedades cotizadas. Ficha – apunte”, *Blogs Unileon*, 20 marzo 2020, que el que denomina el Real Decreto-Ley 8/2020 “anuncio complementario” es el anuncio en segunda convocatoria. Según la letra c) del artículo 41.1 *in fine*, ha de ser publicado con un mínimo de antelación de 5 días naturales antes de la fecha de celebración de la junta. Sin embargo, el “anuncio complementario al de convocatoria de la junta general ordinaria 2020 de CaixaBank, S.A.”, a celebrar el 21 de mayo en primera convocatoria o “previsiblemente el 22 de mayo de 2020 en segunda convocatoria”, fue publicado el 18 de abril de 2020 en la *web* corporativa, en la *web* de la CNMV y en dos diarios.

202 Conclusiones recogidas y comentadas en: GARCÍA-VALDECASAS BUTRÓN, J. A.: “Cuatro cuestiones mercantiles relacionadas con el COVID-19. Juntas generales y consejos de administración en tiempos de la COVID-19. Comunicados Corpme, ICAC, CNMV e informe FIDE. Disolución por pérdidas”, *Notarios y Registradores.com*, 17 mayo 2020.

203 “En el hipotético caso de que la cuestión a tratar tuviera un carácter esencialmente urgente”, se indicaría textualmente.

204 En el apartado primero.

a distancia con “sistemas de telepresencia” y, si resultaban ser estos sistemas efectivos, incluso “una junta general íntegramente telemática”, debido a los riesgos derivados de la expansión del virus.

La letra d) de aquel artículo 41.1, desde su versión original, contempló el supuesto de que no pudiera celebrarse la junta “en el lugar y sede físicas establecidos en la convocatoria”, a causa de las restricciones a la movilidad ciudadana. En ese caso, podría acordarse por el órgano de administración, mediante anuncio complementario, la celebración “por vía exclusivamente telemática”. Por si acaso no se entendía esta expresión, el legislador daba, a continuación, una definición: sin la asistencia física ni de los accionistas ni de sus representantes (ni invitados). Concretaba, acto seguido, tal definición: debiendo ofrecerse a los accionistas por parte de los administradores, aun cuando no estuviera previsto en los estatutos, la triple posibilidad de participar por asistencia telemática, por representación al presidente de la junta conferida mediante medios de comunicación a distancia y por voto anticipado por estos mismos medios, con “garantías razonables” que asegurasen la identidad del socio que ejerciese por tales medios su voto.

Siendo íntegramente telemática la reunión (aunque pudieran asistir presencialmente algunos de los miembros del consejo de administración, como el presidente, el secretario y el consejero delegado)²⁰⁵, entiende el legislador²⁰⁶ que es celebrada en el domicilio social, dando igual el lugar físico donde se hallare el presidente de la junta²⁰⁷. Aun cuando presencialmente no se hubiese celebrado en el domicilio social, se entiende celebrada en él la junta

205 A modo de ejemplo, en la convocatoria de la junta general extraordinaria de accionistas de la sociedad Euskaltel, prevista para el 29 de septiembre de 2020 (y publicada en el Diario El País el 26 de agosto de 2020), se informó que “*con el fin de asegurar el ordenado desarrollo de la junta general extraordinaria de accionistas [celebrada “a puerta cerrada, por medios exclusivamente telemáticos”], el presidente del consejo de administración, que lo será también de la junta general, el consejero delegado y el secretario del consejo de administración, acompañados del notario [...], podrán asistir [presencialmente] al lugar desde el que se celebrará la junta general*”. “*El resto de los miembros del consejo de administración de la sociedad asistirán a la reunión [...] por audioconferencia o videoconferencia*”.

206 Al final del párrafo final del artículo 41.1.

207 Por ejemplo, en la convocatoria de la junta general extraordinaria de accionistas de Euskaltel (aludida *supra* en la nota a pie de página nº 205) quedó reflejado expresamente que la reunión “*se considerará celebrada en el domicilio social con independencia de donde se halle el presidente de la junta*”.

organizada por audioconferencia o videoconferencia. Ambas modalidades de conferencia son posibles legalmente; bien que técnicamente pueda ser más viable, por soler dar lugar a menores problemas de conexión, la audio que la video, sobre todo, cuantos más socios son y peor conexión *wifi* tienen.

Estando el artículo 41 dedicado a las sociedades anónimas cotizadas, está dedicado el precepto predecesor a “las personas jurídicas de derecho privado” y, entre ellas, a las sociedades mercantiles no cotizadas. Comenzaba este artículo en su apartado primero, en su redacción primitiva, confiriendo la posibilidad de celebrar sesiones por videoconferencia, aun cuando los estatutos no la hubiesen previsto, y entendiendo su celebración en el domicilio social.

No fue fácil el entendimiento de este párrafo inicial. Dio lugar a dudas interpretativas²⁰⁸ la siguiente expresión: “las sesiones de los órganos de gobierno y de administración”. Las dudas hacían alusión a si por “órgano de gobierno” podía o no interpretarse el órgano soberano deliberante. De haberse podido interpretar así, no solo las sesiones del órgano de administración sino también las de la junta general hubieran podido celebrarse por videoconferencia desde la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/2020 y, por ende, desde el inicio del período de confinamiento. Aquella expresión sería, sin embargo, interpretada mayoritariamente por la doctrina²⁰⁹ con la negación de la igualdad en la ecuación entre el órgano de gobierno y el órgano soberano deliberante. Esta sensata interpretación mayoritaria sería luego respaldada por el añadido que, como segundo párrafo, a este artículo 40.1 incluyó el apartado decimotercero de la disposición final primera del Real Decreto-Ley 11/2020. Fue gracias a esta segunda versión de este artículo 40.1 cuando se permitió

208 FARRANDO MIGUEL, I.: “Las juntas de socios...”, op. cit., interpretaba la versión original del artículo 40.1 del Real Decreto-Ley 8/2020 como habilitante para que no solo las reuniones del órgano de administración sino también de la junta de socios pudieran realizarse íntegramente por recursos telemáticos; bajo la interpretación de que el órgano de gobierno (al que se refería ese artículo) es la junta general. En cambio, los autores que serán citados en la nota a pie de página posterior negaron esa identificación y, por ende, esa posibilidad.

209 Así, DÍAZ MORENO, A.: “¿Son las juntas generales de las sociedades de capital no cotizadas órganos de “gobierno y administración” a los efectos del régimen excepcional de celebración y de adopción de acuerdos?”, *GA_P*, 26 marzo 2020: “La junta general no es, a los efectos del régimen legal de las sociedades de capital, un órgano de “administración”. Pero, según se entiende generalmente, tampoco lo es de “gobierno””. Así también: PALÁ LAGUNA, R.; MARÍN DE LA BÁRCENA, F.: “La junta general durante el estado de alarma...”, op. cit.

indubitablemente la celebración por videoconferencia o por conferencia telefónica múltiple de las juntas de socios de todas las sociedades mercantiles, incluso sin previsión estatutaria. Esta posibilidad expresamente permitida en la segunda versión (por mor del Real Decreto-Ley 11/2020) y mantenida en la tercera versión (por mor del Real Decreto-ley 21/2020) hace que resulte lógico lo que en la primera versión resultaba “absurdo”²¹⁰: que se admitiera la presencia telemática del notario y no se permitiera la organización de una junta general telemática.

En consecuencia, las sociedades no cotizadas, con independencia de su forma social y, por ende, también las sociedades limitadas han podido celebrar, desde el 2 de abril de 2020²¹¹, una junta general por videoconferencia o por conferencia telefónica múltiple, por no ser posible celebrarla de modo presencial a causa de las medidas obligatorias de restricción de la movilidad para cercenar el contagio de la pandemia. La posibilidad de celebrar la junta general en remoto ha sido sin restricciones estatutarias y “aunque los estatutos no lo hubieran previsto” (y en muchas ocasiones no lo habrían previsto), según comienza el segundo párrafo de aquel artículo 40.1 revisado.

Las condiciones o limitaciones para la celebración de una junta general telemática o virtual han sido las mínimas esenciales. La primera, obvia, que los socios o sus representantes “dispongan de los medios [técnicos actuales] necesarios” para la asistencia a distancia. Esta razonable condición provoca dudas de interpretación también razonables: ¿cómo puede tener certeza el órgano de administración que los socios o representantes disponen de esos “medios necesarios”? A tal fin, ¿se requiere el contacto previo, por ejemplo, por correo electrónico, audio o videoconferencia para que cada socio confirme la disponibilidad de esos “medios necesarios”?, y si alguno de los socios niega esa disponibilidad, ¿cómo ha de acreditarla? Y, en caso de acreditación de la ausencia de los “medios necesarios” por parte de uno o varios socios, ¿podría celebrarse la junta general por videoconferencia o conferencia telefónica múltiple? Y, si por ese motivo no pudiera celebrarse la junta general por vía electrónica, como tampoco por vía presencial por las limitaciones a la movilidad, ¿podría ser resarcida la sociedad por los daños que a la gestión

210 En adjetivo empleado, a estos efectos, en: ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “RDL 8/2020 de medidas urgentes para hacer frente al COVID-19: análisis de urgencia”, *Blog Hay Derecho*, 19 marzo 2020.

211 Fecha de la entrada en vigor general del Real Decreto-Ley 11/2020: al día siguiente al de su publicación en el BOE (el 1 de abril de 2020).

se hubieran ocasionado, en su caso, por la no celebración de la junta? Este cúmulo de razonables dudas interpretativas ha sido planteado por el notario ANDÚJAR HURTADO²¹².

También dudas, también razonables, surgen de la segunda condición impuesta por el artículo 40.1 para la celebración *online* de la junta general. La segunda condición legal puede adjetivarse igualmente de sensata: que el secretario de la sesión reconozca la identidad de los asistentes telemáticos. Los juiciosos interrogantes que plantea el citado notario²¹³ entroncan con el “cuándo” y el “cómo”: ¿cuándo ha de efectuarse el reconocimiento de la identidad: antes de la celebración de la junta por parte del administrador y/o durante ella por el secretario de la junta? y ¿cómo ha de hacerse tal reconocimiento? Nada indica el precepto en cuestión. Sí, indica, en cambio, que el secretario de la junta ha de dejar expresión de aquel reconocimiento en el acta de la junta.

Una vez redactada el acta, ha de enviarse “de inmediato” a las direcciones de correo electrónico de los socios. ¿Cómo “de inmediato”? es otra cuestión que también queda sin responder por el legislador²¹⁴. Respecto de la aprobación del acta tampoco nada se indica. Parece posible interpretar que su aprobación se hará en el modo en que hayan establecido los estatutos o, en su defecto, en el modo en que prevé el artículo 99 del Reglamento del Registro Mercantil: al finalizar la reunión²¹⁵ (en este caso, virtual) y, en su defecto, con consignación de la fecha y el sistema de aprobación²¹⁶.

El levantamiento del acta de la reunión a distancia también ha previsto aquel artículo 40 del Real Decreto-Ley 8/2020²¹⁷ que pueda realizarse por el notario, en el supuesto de que aceptara el requerimiento en remoto y la asistencia también en remoto a la junta de socios. Se emplearían, en tal caso, “medios de comunicación a distancia en tiempo real que garanticen adecuadamente el cumplimiento de la función notarial”²¹⁸. Garantía de cumplimiento adecuado de las funciones del notario, más seguridad y confiden-

212 En particular, puede consultarse el planteamiento de estas cuestiones en: ANDÚJAR HURTADO, J. A.: “Las juntas de sociedades por medios a distancia o electrónicos”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 91-92, mayo-agosto 2020, p. 184.

213 Así, en: *ibidem*, pp. 184-185.

214 *Ibidem*, p. 185.

215 Artículo 99.1 RRM.

216 Artículo 99.4 RRM.

217 En el apartado séptimo.

218 *Ídem*.

cialidad de las comunicaciones por medios tecnológicos, se precisan en su comparecencia telemática²¹⁹. Ahora bien, ¿el requerimiento al notario sería telemático, en presencia virtual entre el requirente y el notario, por medio de videoconferencia? y ¿habría de comparecer después el requirente de manera presencial en la notaría con la documentación en papel original o, en cambio, no sería necesaria tal ratificación mediante diligencia? Estas son cuestiones que plantean el notario DE LA FUENTE SANCHO y el registrador GARCÍA-VALDECASAS BUTRÓN²²⁰, quienes muestran la opinión mayoritaria de los notarios de que debería haber comparecencia presencial posterior en la notaría para ratificar. No debiera haberla, en cambio, en nuestra opinión (minoritaria), por entender que esta medida extraordinaria recoge el requerimiento telemático sin necesidad de ratificación posterior presencial, que puede no ser posible o conveniente por las medidas o recomendaciones sanitarias de restricción o reducción de la movilidad y de la presencialidad.

Lo que ha sido posible legalmente –por no haber sido posible fácticamente la reunión presencial– de manera excepcional y temporal durante la declaración del estado de alarma y sus prórrogas, puede ser posible posteriormente. De conformidad con el apartado primero de la disposición final duodécima del Real Decreto-Ley 11/2020, estas medidas temporales de celebración en remoto de las juntas generales estarían vigentes hasta un mes después del fin de la vigencia del período de declaración del estado de alarma. No obstante, esta vigencia prorrogada podía volver a prorrogarse mediante Real Decreto-Ley en aquellos casos en los que no hubiera un plazo especial. Plazo especial hay para las sociedades anónimas cotizadas, en tanto se recuerda cómo el artículo 41.1, desde su versión original, comienza indicando que las medidas extraordinarias serán aplicables “excepcionalmente, durante el año 2020”. Incluso más allá del 2020²²¹, según una recomendación del comunicado conjunto de la CNMV y del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, de 28 de abril de 2020²²², se encomienda que se sigan celebrando

219 Vid. CANO MARCO, T. M.^a DEL P.: “Acta notarial de junta telemática ¿ahora o siempre?”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 91/92, mayo-agosto 2020, p. 191.

220 En: DE LA FUENTE SANCHO, A.; GARCÍA-VALDECASAS BUTRÓN, J. A.: “Modelos de acta notarial...”, op. cit.

221 *Ídem*.

222 Comunicado conjunto complementario del Colegio de Registradores de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores sobre las juntas generales de sociedades cotizadas convocadas para su celebración mientras estén en vigor restricciones o recomendaciones derivadas de la crisis sanitaria, fechado el 28 de abril de 2020.

las juntas generales “por vía exclusivamente telemática”, en tanto subsistan restricciones o recomendaciones de las autoridades sanitarias respecto de la circulación de las personas para evitar o minimizar rebrotes pandémicos. Esa recomendación está incluida en un comunicado conjunto pensado para las sociedades cotizadas. Pero, nada impide que esa recomendación también pueda ser acogida por las sociedades no cotizadas²²³. De momento, para las que no cotizan sus valores en un mercado regulado la disposición final cuarta del Real Decreto-Ley 21/2020 ha ampliado –variando el párrafo segundo del artículo 40.1– la posibilidad de celebrar las juntas de socios por video o por conferencia telefónica múltiple hasta el 31 de diciembre de 2020.

Las medidas extraordinarias aplicables al órgano deliberante de las sociedades cotizadas y no cotizadas, si se ha comprobado que son fáciles y económicas de aplicar, deberían mantenerse, (no solo) a nuestro juicio²²⁴, después del 2020 mediante la correspondiente reforma de la legislación de sociedades de capital. Si no se reforma de forma permanente no se imprimirá seguridad jurídica²²⁵ a lo que ha comenzado a ser una tónica habitual en el contexto del estado de alarma²²⁶. Si se habilitara legalmente “*sine die*”, más allá del 31 de

223 Así, en: DE LA FUENTE SANCHO, A.; GARCÍA-VALDECASAS BUTRÓN, J. A.: “Modelos de acta notarial...”, op. cit., se comenta que: “*Se establecen en el comunicado una serie de recomendaciones que, aunque pensadas para las sociedades cotizadas y así reza, además, el título de la comunicación, también pueden prestar utilidad a las sociedades que pudiéramos llamar normales*”, esto es, las sociedades no cotizadas.

224 También a juicio de GARCÍA-VALDECASAS BUTRÓN, J. A.: “Modelo de certificado de acuerdos de consejo de administración por el sistema de videoconferencia”, *Notarios y registradores.com*, 30 marzo 2020, para quien “*si el sistema [de videoconferencia] es utilizado profusamente y con éxito durante este período [de estado de alarma], puede ser el germen de una futura reforma de la LSC, en el sentido de que todos los acuerdos de los órganos colegiados se podrán adoptar por videoconferencia, salvo que lo prohíban los estatutos de la sociedad*”. Asimismo, ALCALÁ DÍAZ, M.^a A.: “Juntas generales virtuales...”, op. cit., apuesta por avanzar en esta línea como “*oportunidad de modernización normativa*”. Así también: GÁLLEGO LANAU, M.: “La celebración de la junta íntegramente virtual...”, op. cit., p. 11.

225 Como bien advierten DE LA FUENTE SANCHO, A.; GARCÍA-VALDECASAS BUTRÓN, J. A.: “Modelos de acta notarial...”, op. cit.

226 Varias sociedades cotizadas informan de la celebración de la junta general por vía exclusivamente telemática sin la presencia física ni de socios ni de representantes, a causa de las limitaciones a la movilidad de las personas. Matiza la compañía Red Eléctrica de España: “*y, en general, de ninguna otra persona a excepción de las que resulten absolutamente indispensables para la organización de esta*”. De modo análogo, informa

diciembre de 2020, se impulsarían los medios de comunicación a distancia, sin necesidad de previsión estatutaria, con los condicionantes mínimos descritos, aunque con la necesidad de dar respuesta legal a las abundantes cuestiones doctrinales y notariales planteadas. Con estabilidad, con seguridad y sin incertidumbres, la finalidad de la reforma legal sería la posibilidad de celebrar una junta (no solo universal) por completo virtual, sin necesidad de que lo contemplaran los estatutos, para una toma de decisiones que sería sin (tantos) costes ni desplazamientos en una economía que ha de ser más sostenible y ya es, tras COVID-19, más digital. La expansión de la revolución digital a todos los ámbitos de la vida personal y familiar que, de golpe, irrumpió con la expansión del coronavirus entró también, de lleno, en la vida societaria. Su entrada puede ser el motor para la revisión del derecho societario²²⁷ no solo, pero también, en lo que al funcionamiento y a la organización interna de la sociedad mercantil, cotizada o no cotizada, se refiere.

2.3. *Con foro electrónico*

Tanto en el supuesto de que se mantuvieran esas medidas (hasta ahora, extraordinarias) que rigen a las sociedades de capitales, en lo que a la celebración de la junta exclusivamente por vía telemática se refiere, mediante una reforma estable, armónica e integral, como en el supuesto contrario de que no se mantuvieran, nosotros tenemos que seguir avanzando en la presente investigación por la legislación de sociedades de capital en vigor. En ese avance, toca referirse ahora a la información previa a la reunión en junta.

Por lo que hace a esa información, opinamos que podría resultar de provecho extender desde las sociedades cotizadas hasta las sociedades no cotizadas con *web* corporativa el instrumento especial de información denominado “foro electrónico de accionistas” que exige el artículo 539.2 *in fine* LSC²²⁸. De

la compañía ACS de la celebración telemática de la junta de accionistas (el 8 de mayo de 2020) “*con asistencia exclusivamente telemática de los accionistas y de los representantes de los accionistas*” y solo invitando o autorizando “*la asistencia [presencial] del personal colaborador interno y externo imprescindible para hacer posible la celebración de la junta*”. También CaixaBank informa sobre la celebración de la junta de forma completamente telemática.

²²⁷ En GARCÍA-VALDECASAS BUTRÓN, J. A.: “Cuatro cuestiones mercantiles...”, op. cit., se comentaría, en esta dirección, que pueden dar “*soluciones para afrontar una profunda reforma de nuestro derecho societario*”.

²²⁸ Y el artículo 13.1.p) de la Orden ECC/461/2013, de 20 de marzo, por la que se

momento, solo exigido para las sociedades cuyas acciones se encuentran negociando en un mercado secundario de valores, el foro electrónico de accionistas se desarrolla en la *web* como una plataforma electrónica a la que los accionistas (individuales y las asociaciones voluntarias de accionistas²²⁹) pueden acceder para entablar comunicación “con carácter previo a la celebración de la junta general”. Aun sin el carácter de un *chat* ni de un debate virtual, los accionistas pueden comunicarse entre ellos (no con la sociedad) accediendo al foro electrónico para leer o escribir desde el día de la convocatoria hasta el día de la celebración de la junta general, ambos días inclusive, aunque la Circular 3/2015 de la CNMV permite la conexión de forma permanente²³⁰.

Conforme a la redacción que al antedicho precepto de la LSC otorgó la Ley 25/2011, de 1 de agosto²³¹ –de incorporación (tardía) de la Directiva 2007/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas²³² (reformulada por la Directiva UE 2017/828)²³³– en el foro electrónico solo pueden publicarse propuestas que vayan a presentarse como complemento del orden del día de la convocatoria²³⁴

determinan el contenido y la estructura del informe anual de gobierno corporativo (BOE nº 71, 23 marzo 2013).

229 Asociaciones voluntarias de accionistas que estén válidamente constituidas y registradas en el registro especial de la CNMV, de acuerdo con el artículo 539.2 LSC.

230 En su Anexo I.II.15.

231 BOE nº 184, 2 agosto 2011.

232 DO L 184, 14 julio 2007. Un “alcance limitado” tuvo esta Directiva de 2007, incorporada en el Derecho societario español por la Ley 25/2011, en expresión del profesor QUIJANO GONZÁLEZ, J.: “La nueva Directiva de 2017 sobre implicación de los accionistas”, en FERNÁNDEZ TORRES, I. (*et al.*) (coords.): *Derecho de sociedades y de los mercados financieros. Libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, Madrid: Iustel, 2018, p. 714. En general, sobre la nombrada Directiva, puede verse: MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T.: “La Directiva sobre el ejercicio de los derechos de los accionistas en la junta general de las sociedades y su impacto sobre el derecho español”, *RdS*, nº 29, 2007, pp. 39-89. Se recuerda que la citada Directiva de 2007 supuso un avance respecto de la Directiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2004 (DO L 390, 31 diciembre 2004) que, a su vez, modificó la Directiva 2001/34/CE.

233 DO L 132, 20 mayo 2017. Sobre esta amplia reforma de la Directiva, léase: QUIJANO GONZÁLEZ, J.: “La nueva Directiva de 2017...”. *op. cit.*, pp. 713-730; RODRIGUEZ ARTIGAS, F.: “Notas sobre el concepto de inversor institucional...”, *op. cit.*, pp. 1263-1282. Sobre el particular, de la autora de esta investigación también puede leer el lector interesado: GARCÍA MANDALONIZ, M., “Hacia un gobierno corporativo sostenible...”, *op. cit.*

234 Se recuerda que para solicitar que se publique un complemento al orden del día

y solicitudes de adhesión a esas propuestas, así como iniciativas para ejercer un derecho de minoría, u ofertas o peticiones de representación voluntaria. Con estos exclusivos fines, el acceso para la comunicación se hace con una contraseña, previo registro e identificación como usuario registrado en el sistema mediante la cumplimentación de alta en el foro²³⁵ y condicionado al mantenimiento de la condición de accionista de la compañía²³⁶.

2.4. Con voto y delegación de voto electrónico

Aparte de aludir a la conveniencia de posibilitar instaurar un foro electrónico para el ejercicio del derecho de información y comunicación previos a la junta general también en las sociedades no cotizadas con *web* corporativa, hay que advertir²³⁷, acto seguido, que si todos los asistentes lo fueran a distancia (por ser una junta electrónica propiamente dicha) podría pensarse que podrían llegar a desvanecerse las funciones inherentes a otros derechos, en concreto, al de representación y delegación del voto²³⁸ (cuando se trate de acciones o de participaciones sociales con voto). Es cierto que no llegan a desfigurarse por completo estos derechos²³⁹, pero también lo es que decae una parte de su utilidad práctica en un entorno completamente electrónico fácilmente accesible desde cualquier lugar con conexión; salvo para el supuesto del socio que no quisiera o no pudiera ni siquiera asistir telemáticamente, como ya fuese avisado por la doctrina²⁴⁰.

Aun decayendo parte de su utilidad, como no llegan a desfigurarse ni la

previsto en la convocatoria de la junta general (con uno o varios puntos más), los artículos 172 y 519 LSC requieren la titularidad de un 5% del capital social y ejercitar este derecho en los cinco días siguientes a la publicación de la convocatoria.

235 Por ejemplo, según el artículo 5.2 del Reglamento del foro electrónico de accionistas de la compañía “FERSA ENERGÍAS RENOVABLES, S.A.”.

236 Artículo 5.4 del Reglamento del foro electrónico de accionistas citado *supra* en la nota a pie previa.

237 Como advirtiéramos en: GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T.: “El impacto de las nuevas tecnologías...”, *op. cit.*, p. 93.

238 *Ídem*.

239 *Ídem*. También después: GÁLLEGO LANAU, M.: “La celebración de la junta íntegramente virtual...”, *op. cit.*, p. 9; citando a: VAÑO VAÑO, M.^a J.: “Participación de los socios...”, *op. cit.*

240 También de poca utilidad se estimó en: ILLESCAS ORTIZ, R., “El ejercicio electrónico...”, *op. cit.*, pp. 813-814.

representación ni la delegación del voto sino a facilitarse, ha de mencionarse que las formas previstas para la representación voluntaria en la sociedad anónima son por escrito o por medios de comunicación a distancia (por correspondencia postal o sistema de mensajería análogo, por correspondencia electrónica o por cualquier otro medio que garantice debidamente la identidad del socio), a elección de los estatutos, en virtud del principio de equivalencia funcional. De acuerdo todo ello con el artículo 184.2 LSC, en concordancia con el 522.3 para la anónima cotizada; trasuntos de la reforma que en el TRLSA introdujo la Ley 26/2003 de transparencia²⁴¹.

En un artículo antes al primero referido, para la representación voluntaria en las sociedades limitadas, se obvian, sin embargo, para este otro tipo societario de capital los medios de comunicación a distancia, por exigirse la representación “por escrito” y, de no constar en documento público, la representación “especial para cada junta”. La interpretación que de este artículo 183.2 LSC asume la DGRN en su citada Resolución de 19 de diciembre de 2012 no es literal, empero²⁴². Interpreta la expresión “por escrito” de manera amplia, incluyendo los medios telemáticos y audiovisuales. Así lo interpreta en virtud del principio de equivalencia funcional entre el soporte en papel y el soporte electrónico, previsto en el artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica²⁴³ y en los artículos 23 a 29 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico²⁴⁴; tomando como base las leyes modelos de CNUDMI sobre firma electrónica, de 5 de julio de 2001, y sobre comercio electrónico, de 16 de diciembre de 1996, respectivamente. En una Resolución posterior, de 25 de abril de 2017, este centro directivo reiteró aquella conclusión de que no se excluyen “otras formas de convocatoria y prueba de que la representación ha sido otorgada, como pueden ser los medios telemáticos o incluso audiovisuales, siempre que quede constancia en soporte grabado para su ulterior prueba”.

Retornando a las sociedades anónimas, hay que recordar que las formas para la delegación del derecho de voto son idénticas a las formas para el ejercicio del derecho de voto. En el texto del artículo 189.2 LSC, el voto podrá ejercitarse o delegarse por el accionista por “correspondencia postal, electrónica o cualquier otro medio de comunicación a distancia, siempre que se

241 BOE nº 171, 18 julio 2003.

242 Vid. VILLAVICENCIO, C.: “Asistencia a junta y voto...”, *op. cit.*

243 BOE nº 304, 20 diciembre 2003.

244 BOE, nº 166, 12 de julio de 2002.

garantice debidamente la identidad del sujeto que ejerce su derecho de voto”. La debida garantía de la identidad del socio que ejercita el derecho al voto es el único condicionante de este artículo 189.2, para las anónimas no cotizadas, como también lo es del 522 para las anónimas cuyas acciones se negocian en un mercado secundario. A él habría que añadir²⁴⁵ la debida garantía de la seguridad de la comunicación electrónica, como se añadió en el artículo 8.2 de la Directiva 2007/36²⁴⁶. Respecto del previsto (en el 189.2 y 522), de la garantía de la identidad del socio, ha venido admitiendo la DGRN (en Resoluciones de 25²⁴⁷ y 26²⁴⁸ de abril de 2017) el voto electrónico “sin legitimación de firma ni firma electrónica”, en tanto la ley exige “que se garantice la identidad del sujeto que vota, sin predeterminedar la forma en que se consiga”²⁴⁹. Sin predeterminedación del formato, “sin legitimación de firma ni firma electrónica”, se amplía la posibilidad de emplear muy distintas tecnologías (también las de las cadenas de bloques) para el voto *on line* o para la delegación del voto²⁵⁰.

Inseguridad pudiera surgir por no exigir la firma electrónica para la delegación y el ejercicio del voto por el riesgo de robo de la identidad. Pudiera argumentarse que los peligros de suplantación de la identidad pulularían sin firma electrónica para la identificación, en los casos de asistencia, delegación y voto por medios electrónicos. El derecho societario ha de garantizar que el ejercicio de los derechos de los socios se desarrolle con suficientes garantías²⁵¹. Un legislador atento a las tecnologías ha de estar atento a las amenazas de las tecnologías. Desde este punto de vista, parecería necesario implantar

245 Vid. LEACH ROS, B.; PÉREZ PUEYO, A.: “La identificación del accionista...”, op. cit., p. 276.

246 Con el siguiente texto literal: “*El uso de medios electrónicos para permitir a los accionistas participar en las juntas generales solo podrá supeditarse a los requisitos y restricciones necesarios para garantizar la verificación de la identidad de los accionistas y la seguridad de las comunicaciones electrónicas y únicamente en la medida en que resulten proporcionados para alcanzar dichos objetivos*”.

247 BOE nº 116, 16 mayo 2017.

248 Se recuerda: BOE nº 116, 16 mayo 2017.

249 En el Fundamento Jurídico 3º de la Resolución de la DGRN de 25 de abril de 2017.

250 Vid. PASCUAL, J.: “¿Es posible un verdadero sistema digital...?”, op. cit.

251 Puso el acento en un sistema jurídico suficientemente garantista de los derechos subjetivos A. DE LA MATA durante la mesa redonda correspondiente al seminario “*Robótica y empresa: desafíos, talento y digitalización global*”, organizado por la Cátedra Garrigues y el Observatorio Fintech Everis Comillas, el 30 de septiembre de 2019, en la Universidad Pontificia de Comillas-ICADE.

alguna medida adicional de control y, en concreto, algún método de autenticación electrónica para la confirmación de la identidad. En orden a evitar riesgos, en especial, de fraude o de suplantación de la identidad pudieran alzarse voces que exigieran mecanismos preventivos que condujeran a la comprobación de la identificación de la titularidad real. Para la comprobación de la identidad, método más seguro que una simple combinación de datos personales, usuario y palabra clave, es la firma electrónica reconocida, como el DNI electrónico o un certificado electrónico reconocido y emitido por la entidad pública de certificación española, de acuerdo con los requisitos que exige la normativa de firma electrónica. No obstante, los riesgos también están ínsitos en la firma electrónica, incluso, en su modalidad más segura. Tales riesgos podrían ser superados mediante sistemas de control de la identidad de carácter biométricos, aunque tales sistemas de identificación biométrica hasta la fecha no sean ni fáciles ni baratos de implantar ni de generalizar²⁵². Aun con los métodos biométricos seguiría habiendo resquicios para el fraude y la suplantación. Riesgos y amenazas siempre habrá²⁵³, pero no pueden suponer un freno a la implantación y extensión de las nuevas tecnologías en el terreno societario. Menores riesgos y amenazas, por la mayor transparencia y seguridad que confiere la trazabilidad para la verificación e identificación, hay con las cadenas de bloques de las que en el siguiente epígrafe habrá ocasión de hablar. Pero, incluso, con un sistema de identidad digital basado en la tecnología de bloques amenazas de seguridad habrá²⁵⁴ y puede que se extiendan con la expansión de la computación cuántica²⁵⁵. Un legislador siempre pen-

252 Vid. LUCINI MATEO, A.: “El documento público notarial...”, op. cit., p. 146; donde se reprodujo su conferencia dictada en el Colegio Notarial de Madrid el 11 de enero de 2018.

253 Parafraseando la máxima “*hecha la ley, hecha la trampa*”, comentaría DELGADO SAMPER, E.: “La digitalización: breve repaso a las tecnologías para convertirlo en todo –o casi todo– en 1 y 0”, en MUÑOZ PÉREZ, A. F. (dir.), *Revolución digital, derecho mercantil y token economía*, Madrid: Tecnos, 2019, p. 47, “*hecha la tecnología, hecho el agujero de seguridad*”.

254 IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W., *Blockchain...*, op. cit., p. 29, indicaría que “*los ataques a blockchain no son imposibles, pero son mucho más probables fuera que dentro de la misma red*”.

255 Respecto de la computación cuántica como ¿peligro? para la tecnología de bloques citábamos en: GARCÍA MANDALONIZ, M.: “Hacia un sistema único...”, op. cit., en la nota a pie de página nº 102, las dos siguientes publicaciones: GÓMEZ ABAJO, C.: “Criptomoneda. La amenaza cuántica: el *bitcoin* en el punto de mira”, *El País Retina*, 21 septiem-

sante en los peligros corre el riesgo de desatender las ventajas que la aplicación de las tecnologías entraña, también para el funcionamiento interno de la sociedad²⁵⁶. Por ello, el pensamiento del legislador habría de derivar desde los riesgos (aun sin minusvalorarlos y siempre atento) hasta los beneficios que un entorno en imparable tecnificación puede deparar para las sociedades mercantiles²⁵⁷, por el ahorro de costes y por la ganancia en inmediatez y agilidad, y con la cadena de bloques también por la seguridad que conlleva la integridad e inmutabilidad.

Por esos ahorros y esas ganancias, y una vez garantizada la identidad con confianza, hay que avanzar en la facilitación y la garantía del ejercicio de los derechos de asistencia y de voto electrónico. Para ello, el artículo 3 *quáter* de la Directiva europea 2017/828 –que ha reformulado la Directiva 2007/36/CE para agrandar el fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas– concede el derecho al accionista de obtener confirmación electrónica de la recepción del voto y, tras la celebración de la junta, del registro y del cómputo válido de su voto electrónico²⁵⁸. Esa confirmación electrónica de la recepción del voto electrónico ha de enviarse de forma inmediata tras la votación, de conformidad con la previsión del párrafo primero del artículo 9.5 del Reglamento de ejecución 2018/2012²⁵⁹.

En lo que a los derechos de los socios se refiere, en esta sede del voto electrónico cabe plantear si resulta admisible la extensión del voto electrónico anticipado desde las anónimas hasta las limitadas. Su admisión está fuera de controversias en lo que a las sociedades anónimas cotizadas se refiere por un doble motivo: primero, por haber sido previsto por la letra c) del apartado segundo del artículo 521 LSC sobre la participación a distancia, en la alusión que hace a “un mecanismo para ejercer el voto antes o durante la junta general” y, segundo, por haberse extendido en la práctica (en desigual

bre 2017; PREUKSCHAFT, A.: “La era *blockchain* acabará cuando lleguen los ordenadores cuánticos”, *elEconomista.es*, 11 julio 2017.

²⁵⁶ J. L. DE CASTRO MARTÍN, en su intervención en la mesa redonda del citado seminario en ICADE: “*Robótica y empresa: desafíos, talento y digitalización global*”, se mostró favorable a atender las ventajas de la tecnología, pese a los riesgos y aun sin desatenderlos.

²⁵⁷ *Ibidem*.

²⁵⁸ Vid. QUIJANO GONZÁLEZ, J.: “La nueva Directiva de 2017...”, *op. cit.*, pp. 721-722.

²⁵⁹ DO L 223, 4 septiembre 2018.

porcentaje, dependiendo de la sociedad)²⁶⁰; ejecutándose a través de la *web* corporativa, de una URL específica o de una aplicación informática²⁶¹. Las dudas fueron apareciendo, en cambio, para las sociedades de responsabilidad limitada. Tales dudas se han resuelto, no obstante, por la DGRN. Así, en una Resolución de 8 de enero de 2018²⁶² se interpreta que es admisible el voto electrónico anticipado si queda previsto en los estatutos sociales. En efecto, en esta Resolución (como en las anteriores de 19 de diciembre de 2012 y de 26 de abril de 2017), la DGRN no entiende que el voto anticipado ni el voto a distancia hayan de prohibirse para el tipo social de la limitada, aun cuando solo para el tipo de la anónima se prevea en la ley, “con base en la autonomía de la voluntad”.

3. Con junta general “*blockchainizada*”

Para dotar de agilidad, simplicidad y eficacia al ejercicio de los derechos de los socios hemos venido apoyando (también el legislador, aunque de manera parcheada e incompleta) el empleo de las TICs antes y durante la celebración de la junta general²⁶³. Para facilitar aún más la comunicación electrónica entre el socio y la sociedad y el ejercicio de los derechos de información, asistencia, delegación y voto (anticipado o no) electrónico con transparencia, confianza y seguridad, ¿podría emplearse la tecnología de las cadenas de bloques en el ámbito societario interno? La respuesta a esta cuestión es afirmativa. La afirmación se apoya en las pruebas de empleo de *blockchain* que han ido apareciendo en las juntas generales de sociedades cotizadas de dentro y fuera de nuestras fronteras.

En mayo de 2015 Nasdaq anunciaba su primera plataforma *blockchain*: “Nasdaq Ling”. Su propósito era “facilitar la emisión, catalogación y registro

260 Una recopilación de los datos estadísticos sobre el uso del voto electrónico en las sociedades cotizadas hay en los informes anuales de gobierno corporativo de las entidades emisoras de valores admitidos a negociación, de la CNMV.

261 Vid. LEACH ROS, B.; PÉREZ PUEYO, A.: “La identificación del accionista...”, op. cit., p. 269.

262 BOE nº 23, 26 enero 2018.

263 Recientemente, vid. LEACH ROS, B.; PÉREZ PUEYO, A.: “La identificación del accionista...”, op. cit., p. 262; citando a: FLORES DOÑA, M. S.: “Garantías al ejercicio de los derechos del accionista por medios electrónicos”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (*et al.*) (coords): *La junta general de las sociedades de capital: cuestiones actuales*, Madrid: Colegio Notarial de Madrid, 2009, p. 224.

de transferencias de acciones de compañías privadas [cotizadas] en el mercado [bursátil] de Nasdaq”; en declaraciones de la propia Nasdaq de octubre de ese año, cuando anunciaba las compañías que inicialmente usarían esa primera plataforma basada en la cadena de bloques²⁶⁴. Durante 2015 Nasdaq también buscó el modo de administrar el voto por delegación mediante *blockchain*, más allá del mercado de valores estadounidense, en el mercado bursátil de Estonia²⁶⁵. Así, en 2016 hubo pruebas de concepto de esta tecnología disruptiva en el *Nasdaq’s Tallin Stock Exchange*²⁶⁶. En 2017 se llevarían a cabo en el *Abu Dhabi Securities Exchange*²⁶⁷. El objetivo de tales pruebas para la emisión del voto fue alcanzar la garantía de la seguridad y la privacidad, la autenticación de los accionistas votantes sobre la base de la identidad digital, y la rapidez y la seguridad en la delegación y el conteo de los votos²⁶⁸. Una experiencia piloto de uso de la tecnología *blockchain*, en exclusiva para registrar la transmisión o impartición de instrucciones de voto en una junta ordinaria de accionistas de una gran entidad bancaria²⁶⁹, tuvo lugar por primera vez en España el 23 de marzo de 2018²⁷⁰. Sus resultados iniciales²⁷¹ fue-

264 En las referencias que tomamos de: OCONNELL, J.: “2015: the year Nasdaq met the blockchain”, *Bitcoinist.com*, January 1, 2016, las compañías anunciadas fueron: “*Chain.com, ChangeTip, PeerNova, Synack, Tango y Vera*”.

265 *Ídem*.

266 Más, en detalle, sobre la prueba de concepto de *blockchain* para la emisión de voto en el mercado de valores estonio, puede leerse: GALLEGO CÓRCOLES, A.: “El *blockchain*...”, op. cit., pp. 314-315.

267 Referencias hay, por ejemplo, en: AA.VV.: “Patentan un sistema de votación basado en *blockchain*”, *Fintech Observatorio. Finanzas y Tecnología*, 22 febrero 2017. También en: AA.VV.: “Un mercado de valores de Abu Dhabi pone en marcha un servicio de votación en *blockchain*”, *Fintech Observatorio. Finanzas y Tecnología*, 19 octubre 2016.

268 *Ídem*.

269 En experiencia piloto del Banco Santander junto con la *fintech Broadridge Financial Solutions*.

270 Según aparecía publicado en la prensa económica española fechada el 17 de mayo de 2018. Luego se recogería este ejemplo en: GALLEGO CÓRCOLES, A.: “El *blockchain*...”, op. cit., pp. 315-318; GALLEGO LANAU, M.: “La aplicación de la tecnología de registro distribuido en la junta general. Una primera aproximación”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 57, septiembre-diciembre 2019. Así mismo, en: LEACH ROS, B.; PÉREZ PUEYO, A.: “La identificación del accionista...”, op. cit., p. 268, donde se recogió que el quórum de asistencia en esta junta fue el más elevado (el 64,55%) de todas las celebradas por este banco; según datos que cita de la página *web* del Santander.

271 Conforme a las diversas noticias de prensa que se hicieron eco de esta prueba piloto.

ron una mejora de la transparencia del voto por delegación de los inversores institucionales y una mayor eficacia operativa.

Ante estas pruebas de concepto o pruebas piloto, cabría plantear si, aparte de la utilización de este “libro mayor distribuido” para la transmisión de las instrucciones de voto o para el registro y el conteo de unos votos que han sido ejercidos fuera de la cadena de bloques²⁷², cabría abarcar todo el proceso de votación a través de esta tecnología distribuida. El avance, incluso, pudiera ser más lejano hasta alcanzar el proceso de inicio a fin de la junta general, desde su convocatoria hasta su celebración. En este avance se trataría de ir avanzando desde la “*blockchainización*” de la transmisión de las instrucciones y del registro o conteo de los votos electrónicos hasta el “voto *blockchainizado*” para, más allá, llegar hasta una “junta general *blockchainizada*”²⁷³.

Los pasos de un proceso gradual de *blockchainización* se diseñaron en el documento “*general meeting proxy voting on distributed ledger*”²⁷⁴, realizado en noviembre de 2017 gracias a la colaboración de SWIFT con seis depositarios centrales mundiales de valores (CSDs)²⁷⁵. Conforme a este diseño, en *blockchain* se haría la convocatoria de la reunión, publicando el orden del día y adjuntando la documentación. En esta tecnología distribuida se cargaría la lista con la identidad de los titulares de las acciones en la fecha del registro de la votación. También la asignación de los derechos de votos se haría en la cadena de bloques mediante la *tokenización* de los derechos de votos. La autenticación de los accionistas con derecho a voto a través del sistema electrónico se haría, en cambio, fuera de ella. Dentro se haría la transferencia de los derechos de voto (*tokenizados*), la emisión de las instrucciones de voto y el ejercicio del

272 En GALLEGO CÓRCOLES, A.: “El *blockchain*...”, op. cit., p. 320, se indica que: “*el papel de la tecnología blockchain en el proceso de voto es reducido, toda vez que la misma se emplea simplemente como herramienta para el registro y el cómputo de los votos, sin abarcar todo el proceso de votación*”.

273 En *ibidem*, pp. 326 y siguientes se plantearon opiniones y propuestas del uso de *blockchain* en la celebración de la junta general.

274 Vid. SWIFT & CSD WORKING GROUP ON DLT: *General meeting proxy voting on distributed ledger. Product requirements*, vol. 2.1, November 2017, 34 pp., en especial, el cuadro de la p. 9. Un resumen de los pasos diseñados por este grupo de trabajo, a los mismos efectos que aquí interesan, se extractaron en: GALLEGO CÓRCOLES, A.: “El *blockchain*...”, op. cit., pp. 322-324.

275 Los miembros del *CSD Working Group on DLT* firmantes de este documento fueron: NSD (Rusia), Strate (Sudafrica), SIX Securities Services (Suiza), Nasdaq (Noruega), DCV (Chile) y Caja de Valores (Argentina) (p. 2).

derecho de voto. A su vez, bien fuera o bien dentro se celebraría la junta general en remoto, con instalación de *chats* u otros servicios similares; e incluyendo, además de la celebración de la reunión, el procesamiento y la distribución de los resultados. Tras la finalización de la reunión en línea, cualquier acción posterior ya se produciría fuera de esta tecnología distribuida.

Para facilitar o, al menos, no enturbiar la aplicación en la práctica de este proceso diseñado, habría que preguntarse si convendría o, incluso, si se necesitaría incluir una referencia expresa en la regulación societaria para la celebración de la junta general de las sociedades mercantiles de capitales (no solo cotizadas, a nuestro parecer) mediante esta tecnología disruptiva²⁷⁶ que permitiría la garantía de la identidad, la autenticidad y la integridad.

Con efectividad a partir del 1 de agosto de 2017, una normativa que posibilita y favorece el empleo de *blockchain* en el derecho societario hay en el Estado norteamericano de Delaware. Como parte de la *Delaware Blockchain Initiative* o DBI de 2016²⁷⁷, la *General Corporation Law, Delaware Code*, fue enmendada, el 21 de julio de 2017²⁷⁸ (en el *title 8*²⁷⁹, *chapter 1, subchapter VII*²⁸⁰, *sections 219*²⁸¹ y *224*²⁸²), para aludir a las redes electrónicas distribuidas. Allana su camino en todo el ciclo de vida de la acción²⁸³ (“*tokenizada*”)²⁸⁴,

276 GALLEGO CÓRCOLES, A.: “El *blockchain*...”, op. cit., p. 330, advertiría que la “*aproximación propuesta por el grupo de trabajo DLT presenta problemas de compatibilidad con el marco normativo vigente*”.

277 La DBI cuenta con tres etapas de implementación, la tercera de las cuales es la referida al registro de acciones en esta tecnología distribuida. La primera se referiría a los “*smart records*” (para la automatización del cumplimiento de la normativa sobre el mantenimiento y la destrucción de los documentos de archivo) mientras que la segunda fase aludiría a la “*smart UCC*” (o al empleo de *blockchain* para la presentación de los trámites y procesos del UCC o *Uniform Commercial Code*, a efectos del aumento de la velocidad y la reducción de errores y fraudes). Vid. TRIANOW, A.: “Delaware blockchain initiative: transforming the foundational infrastructure of corporate finance”, *Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial regulation*, March 16, 2017.

278 En enmienda “SB69” firmada por el Gobernador del Estado de Delaware (CARNEY JR, J. C.) el 21 de julio de 2017. Y en enmiendas posteriores con código “SB182” y “SB183”.

279 Rubricado: “*Corporations*”.

280 “*Meetings, elections, voting and notice*”.

281 “*List of stockholders entitled to vote; penalty for refusal to produce; stock ledger*”.

282 “*Form of records*”.

283 Vid. ACHESON, N.: “Equity markets on a blockchain: Delaware’s potential impact”, *Coindesk*, July 11, 2017.

284 A las “acciones tokenizadas” se referiría IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W.: *Blockchain...*,

esto es, en la emisión, la custodia o el registro, el intercambio o la transmisibilidad, la comunicación directa con los inversores²⁸⁵ y el ejercicio de los derechos de los socios. El entendimiento que subyace en esta regulación es que la tecnología de los registros distribuidos es idónea para la automatización de la operativa societaria. Así, por ejemplo²⁸⁶, para el ejercicio del derecho de información, la convocatoria de la junta general²⁸⁷, la recepción y la gestión de las solicitudes de delegación de voto, la gestión del voto electrónico, la celebración de la sesión en junta, el registro de las intervenciones producidas durante la reunión, la distribución del acta de la reunión o la ejecución de los acuerdos adoptados. Con ello, se consigue un incremento de la transparencia del proceso de voto²⁸⁸, una reducción de los costos de transacción²⁸⁹, un aumento de la exactitud y la seguridad registral y, en general, una mejora de la eficiencia, sobre todo, en las grandes compañías²⁹⁰. Por esta capacidad de maximizar la seguridad y la transparencia y de minimizar los costes, otras iniciativas o previsión de iniciativas similares fueron surgiendo en otros Estados de los Estados Unidos (como Arizona, Nevada, New Hampshire, Vermont o Wyoming)²⁹¹.

op. cit., p. 172, en nota a pie de página nº 180.

285 Vid. SYMBIONT: “What Delaware’s historic blockchain law means to you”, *Symbiont.io Blog*, July 20, 2017.

286 En el listado de ejemplos plasmados en: IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W.: *Blockchain...*, *op. cit.*, p. 172.

287 En la precisión que se incluyera entre los objetivos del seminario que FIDE organizó en Madrid, el 20 de diciembre de 2017, bajo el título: “La incorporación del *blockchain* en el derecho de sociedades de Delaware: implicaciones jurídicas y financieras”.

288 Vid. SYMBIONT: “What Delaware’s...”, *op. cit.*

289 Vid. ACHESON, N.: “Equity markets on a blockchain...”, *op. cit.*

290 IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W.: *Blockchain...*, *op. cit.*, p. 171, matizaría que esta tecnología es apta “especialmente para las que operan en mercados muy amplios y cuya organización reviste cierto grado de complejidad, particularmente si se trata de grandes organizaciones empresariales”.

291 En el listado indicado en: PEÑA, J. R.: “Delaware legaliza uso de *blockchain* para intercambio de acciones y registros contables”, *Criptonoticias*, 21 julio 2017. Así, por ejemplo, la iniciativa regulatoria de *blockchain* en Arizona data de 2017 a través de los *Revised Statutes of Arizona* (cap. 26º) (44-7061) y la de Wyoming data de 2017 y se concreta en marzo de 2019 con un conjunto de leyes para configurar un marco jurídico global para las cadenas de bloques. Vid., *ad ex.*, GALLEGO LANAU, M.: “La aplicación de la tecnología de registro distribuido...”, *op. cit.*, nota a pie de página nº 41; IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W.: *Blockchain...*, *op. cit.*, p. 172, nota a pie de página nº 179.

¿Se precisaría replicar la iniciativa de regulación de la tecnología de contabilidad distribuida para transformar la organización interna corporativa también en España²⁹² Consideramos que una similar iniciativa reguladora podría ser facilitadora del uso y la extensión del *blockchain* en nuestro derecho societario interno para el proceso de adopción de los acuerdos sociales. Pero, de lo que se trataría no sería de la aprobación con transversalidad de una “ley de *blockchain*” (aunque así se haya podido plantear en algún territorio europeo²⁹³), sino de la modificación de las leyes vigentes (en este caso, de la ley de sociedades de capital) para adaptar y favorecer la aplicación de esta y otras tecnologías de vanguardia. El proyecto de ley federal suiza de adaptación de la legislación a la evolución de la tecnología de los registros electrónicos distribuidos pudiera ser uno de los ejemplos regulatorios por seguir, en cuanto planteó la revisión de un amplio elenco de leyes²⁹⁴ para actualizar y ajustar la industria, en especial, la financiera a la tecnología de libros de contabilidad distribuida (o DLT); también para favorecer la transmisión de acciones por la vía de esta tecnología. El proyecto de ley luxemburgués, de 28 de septiembre de 2018, sobre la transmisión de los títulos valores también planteó, en este sentido, la inscripción y la circulación de los valores negociables vía *blockchain*²⁹⁵.

El uso de la tecnología de registros distribuidos avanza a pasos agigantados en las sociedades mercantiles, en especial, cotizadas y, más en especial, financieras. Conocida es la versión de *ethereum* “centrada en la empresa” denominada “*quorum blockchain*”²⁹⁶. Con naturaleza de código abierto (gra-

292 Esta cuestión fue planteada en la sesión antes citada de FIDE.

293 Como en Liechtenstein, según las noticias de prensa.

294 En particular, son una decena las leyes suizas a modificar para adaptarlo a esta tecnología: el Código de obligaciones; la Ley federal, de 11 de abril de 1889, sobre recuperación de la deuda y la bancarrota; la Ley federal, de 18 de mayo de 1898, de derecho internacional privado; la Ley de servicios financieros, de 15 de junio de 2018; la Ley del Banco Nacional, de 2003; la Ley bancaria de 1934; la Ley de instituciones financieras, de 15 de junio de 2018; la Ley antilavado de dinero, de 10 de octubre de 1997; la Ley de efectos del libro de 2008; y la Ley de infraestructura de los mercados financiero, de 19 de junio de 2015.

295 A este último Proyecto de Ley hay una referencia en la nota a pie de página 46 de: GALLEGO LANAU, M.: “La aplicación de la tecnología de registro distribuido...”, op. cit.

296 Creada por JP Morgan. Además de información sobre *quorum blockchain* en distintas URL, como: <https://101blockchains.com/es/quorum-blockchain-guia/> (última

tuito), con control privado y, por tanto, con privacidad de las transacciones, permitida y personalizable, está dirigida específicamente a las entidades financieras.

Por ello y para el sector financiero, el Código monetario y financiero francés prevé –en los artículos L-211.3 y L-211.7²⁹⁷, desde la *Ordonnance n° 2017-1674, du 8 décembre 2017*– la representación y la transmisión de los títulos financieros y, en especial, de las acciones de las sociedades no cotizadas en un dispositivo de registro electrónico compartido, por proporcionar garantías, sobre todo para la autenticación, equivalentes a las de un registro en una cuenta de valores²⁹⁸. Con anterioridad, desde la *Ordonnance n° 2016-520, du 28 avril 2016*²⁹⁹, previó el uso de ese dispositivo de registro electrónico compartido para la emisión y la cesión de los títulos de deuda (“minibonos”) en la modalidad de financiación participativa o *crowdfunding* (*crowdfunding*, en especial), en los términos del artículo L-232. Todo ello en las condiciones que el *Décret n° 2018-1126, du 24 décembre 2018*³⁰⁰, dispone para el uso de ese dispositivo de registro electrónico compartido para la representación y la transmisión de los títulos financieros y para la emisión y la cesión de los “minibonos”.

Aun sin una regulación en nuestro ordenamiento jurídico ni específica para el campo financiero (al estilo francés) ni general, se pretende extender el uso de esta tecnología para la gestión de la adopción de acuerdos no solo en las grandes y cotizadas (y no solo en las financieras), sino también en las pequeñas compañías que no cotizan con el lanzamiento de una herramienta digital, mediante una aplicación o *app*, en nuestro mercado interno³⁰¹. Lanza-

consulta: 1 septiembre 2020), una referencia extensa a la creación de esta tecnología hay en: LEACH OS, B.; PÉREZ PUEYO, A.: “La identificación del accionista...”, op. cit., pp. 282-285.

297 Modificado por el artículo 2 de la *Ordonnance n° 2017-1674, du 8 décembre 2017, relative à l’utilisation d’un dispositif d’enregistrement électronique partagé pour la représentation et la transmission de titres financiers* (JORF n° 0287, du 9 décembre 2017).

298 L-211.3 *Code monétaire et financier*.

299 *Ordonnance n° 2016-520, du 8 avril 2016, relative aux bons de caisse* (JORF n° 0101, 29 avril 2016).

300 JORF n° 0298, 26 décembre 2018.

301 Referencia al funcionamiento y la funcionalidad de esta herramienta digital creada en virtud del acuerdo entre el despacho jurídico Cysae y la empresa de tecnología *Blockchain Work Labs* (BWL) se adelantaba, el 30 de agosto de 2018, en: PASCUAL, J.: “¿Es posible un verdadero sistema digital...?”, op. cit.; y se anunciaba, el 6 de junio de

da en junio de 2019, *boardchain* es una plataforma a la que traspasar la información sobre la estructura societaria (número y tipo de acciones o participaciones sociales de cada socio y cargas o derechos reales que pesan sobre ellas), sobre la convocatoria y la constitución de la junta, o sobre el régimen de las mayorías para la adopción de los acuerdos³⁰². Con la información traspasada, se genera la cadena de bloques que permite gestionar la comunicación entre la sociedad y los socios desde cualquier dispositivo electrónico (móvil, tablet u ordenador); la convocatoria telemática de la junta general electrónica; el ejercicio de los derechos de información, asistencia, delegación y voto; así como la generación del acta de la sesión, previo recuento automático del número y sentido de los votos³⁰³. De forma automática y guardando prueba de la documentación proporciona seguridad, por ejemplo, para la impugnación de los acuerdos, además de transparencia³⁰⁴. Hay autenticidad, integridad y seguridad³⁰⁵. Hay agilidad y facilidad. Hay sesión virtual. Hay sesión *blockchainizada* (o *boardchainizada*).

¿Hay posibilidad de fomentar el decaído “activismo accionarial”?³⁰⁶ ¿Hay impedimentos normativos? Previa inscripción registral de una cláusula es-

2019, por ejemplo, en: TORRES, B.: “Cysae y BWL se alían y lanzan una herramienta de “*blockchain*” para facilitar la gestión en las empresas”, *Valenciaplaza*, 6 junio 2019.

302 Vid. PASCUAL, J.: “¿Es posible un verdadero sistema digital...?”, op. cit.

303 *Ídem*.

304 Según TORRES, B.: “Cysae y BWL se alían...”, op. cit.

305 La transparencia del sistema de toma de decisiones y la seguridad jurídica que genera la cadena de bloques las destacaría también J. PASCUAL, según consta en: TORRES, B., “Cysae y BWL se alían...”, op. cit.

306 Que se “*fomentaría la participación e implicación de los socios en la actividad y devenir de la sociedad*”, se comentaría en: PASCUAL, J.: “¿Es posible un verdadero sistema digital...?”, op. cit. Asimismo, en: AA.VV.: “Un mercado de valores de Abu Dhabi...”, op. cit., se consideró que con el sistema de votación en *blockchain* se espera un aumento de la asistencia de los socios a la junta general, junto a un ahorro de tiempo, costo y esfuerzo. Además, en: LAFARRE, A.; VAN DER ELST, C.: “Blockchain technology for corporate governance and shareholder activism”, *ECGI Working Paper (series Law)*, nº 390, March 22, 2018, *abstract* y pp. 15-19.; concluyen (en el *abstract*) que: “*blockchain technology as tool for shareholder participation is definitely feasible*”. Asimismo, en: NAVARRO LÉRI-DA, M.^a S.: “El poder de decisión societario y *blockchain*”, en MUÑOZ PÉREZ, A. F. (dir.): *Revolución digital, derecho mercantil y token economía*, Madrid: Tecnos, 2019, p. 298 (capítulo de libro procedente de su siguiente artículo doctrinal: “Gobierno corporativo, *blockchain* y *smarts contracts*. Digitalización de las empresas y nuevos modelos descentralizados”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, nº 23, 2018, 14 pp.).

tatutaria que expresa o implícitamente lo previera, cualquier impedimento decaería³⁰⁷. En cambio, sin una cláusula estatutaria que previera la utilización de la tecnología de la cadena de bloques, consideramos que habría necesidad, para ganar en seguridad jurídica, de una disposición normativa que admitiera sin discusión doctrinal ni jurisprudencial la junta virtual mediante cualquier sistema telemático, también el de la cadena de bloques. En esa requerida disposición legal no habría necesidad y ni siquiera conveniencia de restringir la mención a esta base de datos distribuida, en tanto se desconoce si el futuro deparará su supervivencia (pese a estar de moda en el presente³⁰⁸ y aunque no parezca una moda pasajera³⁰⁹) o su sustitución por cualquier otra tecnología exponencial mejorada. Una legislación que atendiera a una determinada tecnología correría el alto riesgo de quedar desfasada en un corto período de tiempo. Por eso, de más utilidad sería incorporar una alusión legal general a la tecnología, sin particularizar ni excepcionar, para que la legislación no quede desfasada y no haya de ser periódicamente mutada. En cualquier caso, sea específica para atender la tecnología del registro distribuido, o sea –como planteamos o recomendamos– general para la tecnología sin adjetivar, el legislador ha de estar atento a los avances tecnológicos para adecuar a ellos la regulación³¹⁰.

307 Concordamos con PASCUAL, J. cuando en: “¿Es posible un verdadero sistema digital...?”, op. cit., manifestó que: “*si estatutariamente se establece esta posibilidad [...] no encontramos motivo de peso, ni jurídico ni finalista o funcional, para restringir esta libertad*”. “*Simplemente se debería encontrar la herramienta adecuada y establecer en estatutos un clausulado bien diseñado*”. De modo similar, se expresó: GALLEGU LANAU, M.: “La aplicación de la tecnología de registro distribuido...”, op. cit., refiriéndose en específico al voto electrónico a través de *blockchain*; para lo que entendió que “*bastaría con que los estatutos y el reglamento de la junta [lo] previesen*”. También TORRES, B.: “Cysae y BWL se alían...”, op. cit., puso el acento en que se “*garantiza el cumplimiento normativo*”.

308 PREUKSCHAT, A.: “Tecnologías exponenciales como instrumento de transformación digital”, en MUÑOZ PÉREZ, A. F. (dir.): *Revolución digital, derecho mercantil y token economía*, Madrid: Tecnos, 2019, p. 32, manifestó que: “*Blockchain quizás es una de las tecnologías exponenciales que más está de moda en este momento, pero lo importante no es blockchain, sino superar modelos mentales obsoletos de la era de la revolución industrial para posicionarnos en la era digital*”.

309 No se entiende como “*moda pasajera*”, sino como tecnología “*que ha llegado para quedarse*”, según GALLEGU LANAU, M.: “La aplicación de la tecnología de registro distribuido...”, op. cit.

310 El carácter indispensable de esa atención para la adecuación la remarcó GALLEGU LANAU, M.: “La aplicación de la tecnología de registro distribuido...”, op. cit.

4. Con todo el ciclo electrónico del proceso de decisión

El ejercicio por vía electrónica (también por *blockchain*) de los derechos de información (instrumental a los de asistencia y voto), asistencia (también por representación) y voto durante una junta general también electrónica (también por *blockchain*) se ve facilitado y, a su vez, facilita velocidad y accesibilidad. Facilita, asimismo, la interacción de los socios (o sus representantes) sin desplazamientos en esta era de la interconexión digital. Sin costes de desplazamientos para los socios y sin costes de acondicionamiento (limpieza y mantenimiento) del local de reunión hay economicidad³¹¹. En suma, se aúnan la velocidad y la accesibilidad con la interactividad y la economicidad para la transparencia ¿y para la reactivación de los derechos del socio? Plasmándose en estas esferas la eficiencia inherente a la tecnología, quedaría justificada una renovada atención del legislador español hacia la innovación en la vida intra-societaria y, en ella, en el órgano máximo de deliberación.

La macrotendencia de la digitalización conduce derechamente rumbo hacia la electrificación de la junta general. La virtualización de la junta no es un fin en sí mismo sino un medio. En las sociedades anónimas (más en las cotizadas) con un accionariado disperso la virtualización pudiera llegar a ser un medio para la implicación de los socios en la sociedad y para la revitalización de la junta³¹². Por su potencialidad para incrementar la implicación de los accionistas o, en otras palabras, para fomentar el denominado “activismo accionarial”³¹³, hemos venido apostando en el pasado³¹⁴ y seguimos apostando

311 Evitando el traslado al local de celebración de la reunión de la junta general se evita una de las causas que puede contribuir al generalizado absentismo accionarial. Vid. ALONSO UREBA, A.: “Bases para una reforma del derecho español de sociedades cotizadas en garantía del derecho de la sociedad emisora a conocer de modo permanente su estructura accionarial”, en *Transparencia accionarial y buen gobierno corporativo*, 2010, p. 13; RECALDE CASTELLS, A. J.: “Incidencia de las tecnologías...”, op. cit., p. 15.

312 Vid. ALONSO LEDESMA, C.: “El papel de la junta general en el gobierno corporativo de las sociedades de capital”, en AA.VV.: *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid: Marcial Pons, 1999, pp. 628 y ss. Asimismo, sobre el papel de las TICs en la revitalización de la junta: RECALDE CASTELLS, A. J.: “Incidencia de las tecnologías...”, op. cit., pp. 10 y ss.

313 Vid. *supra* nota a pie de página nº 104. Asimismo, RECALDE CASTELLS, A. J.: “Los administradores de las sociedades anónimas en un entorno de “buen gobierno”, *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, nº 7, 2003, p. 69.

314 Vid. GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T.:

en el presente por la celebración de una junta general puramente electrónica. Aun así, somos conscientes de que no solo y ni siquiera con la electrificación puede conseguirse tal implicación en las grandes sociedades con muchos socios, a la vista de que en ellas el uso del voto electrónico no ha sido hasta la fecha tan generalizado como inicialmente hubiera podido preverse. Además, para la implicación del accionariado se precisa su previa identificación (dificultada cuando hay largas cadenas de intermediarios); con los fines y en los modos de identificación e implicación que plantea la Directiva 2017/828 y su normativa de transposición³¹⁵. No obstante, la utilización de *blockchain* facilitaría la identificación “a tiempo real”³¹⁶ de los accionistas; aunque subsisten las dudas de si también facilitaría y fomentaría su participación³¹⁷.

Por su parte, en las sociedades no cotizadas (anónimas y limitadas), usualmente de pocos socios, la virtualización de la junta, sin presencias físicas, con presencias telemáticas, es un medio no solo o no tanto para avivar la participación, sino sobre todo para el ahorro de tiempo³¹⁸ y de costes. En ellas se potencia la agilidad y el abaratamiento del ejercicio de los derechos de los

“La inquebrantabilidad del principio de unicidad...”, op. cit., pp. 63-86; GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T.: “El impacto de las nuevas tecnologías...”, op. cit., p. 76.

315 Tuvimos ocasión de atender a esta Directiva sobre la identificación e implicación de los accionistas en nuestra siguiente publicación: GARCÍA MANDALONIZ, M.: “Gobierno corporativo sostenible...”, op. cit.

316 “Si se optase por la adopción del registro distribuido como tecnología sustitutiva del actual sistema de post-contratación” de valores, el conocimiento de los titulares de las acciones sería a tiempo real. El órgano de administración accedería al registro conocería la identidad de los socios titulares de las acciones, si se obliga a comunicar “quién está detrás de las claves públicas”, mediante previsión reglamentaria, en virtud del artículo 497.3 LSC; según especificaría: GALLEGO LANAU, M.: “La aplicación de la tecnología de registro distribuido...”, op. cit. Para más detalle en relación con el uso de las cadenas de bloque para el proceso de identificación del accionista, léase: GARCÍA MARTÍNEZ, L. M.^a: “Consideraciones iniciales...”, op. cit., pp. 371-393.

317 Al analizar el empleo del *blockchain* para el ejercicio del derecho de voto, GALLEGO LANAU, M.: “La aplicación de la tecnología de registro distribuido...”, op. cit., comentaría que ante un “uso tan escaso del voto electrónico en nuestras sociedades cotizadas, resulta complicado vaticinar si la incorporación de la tecnología *blockchain* para ejercer el derecho de voto en la junta general sería acogida con interés”.

318 PASCUAL, J.: “¿Es posible un verdadero sistema digital...?”, op. cit., sostuvo que “la tecnología permitiría que este sistema de adopción de acuerdos se llevara a cabo ahorrando tiempo inútil a todos los sujetos parte en el proceso”.

socios sin requerir desplazamientos ni mantenimientos del local, aunque sí mantenimientos del *software*. Si el coste del mantenimiento y uso de las redes y los programas informáticos para la celebración de las juntas virtuales es inferior al coste de los desplazamientos y mantenimientos de la celebración de las juntas presenciales, por aquellas parece previsible que se decantarán los socios³¹⁹, si aquellas se favorecen o permiten por el legislador sin más restricciones que las necesarias.

Para que las potencialidades de la minoración de los tiempos y los costes pudieran engrandecerse todo el proceso debiera ser por medio de la tecnología (no necesariamente desintermediada). Habría de serlo la convocatoria mediante la página *web* o el correo electrónico (con acuse de recibo, exige la DGRN) ¿o mensajes telefónicos cortos con texto o vídeos? ¿o por *blockchain*? Habría de serlo también la asistencia telemática de todos los socios a la junta general y el ejercicio electrónico de los derechos de información, de voto y de delegación del voto. Más allá de este proceso intra-societario, todo el “ciclo vital” podría llegar a ser electrónico: desde la convocatoria y la constitución de la junta y la toma de decisiones corporativas hasta la presentación ante el registro mercantil bien del testimonio notarial de los acuerdos sociales inscribibles³²⁰ o bien de la escritura pública, en caso de modificación estatutaria con posterior publicación en el BORME³²¹.

La presentación de información y documentos societarios, incluidas sus modificaciones, ante el registro mercantil a lo largo de todo el ciclo de vida societario, desde la constitución de la sociedad, se prevé que sea “íntegramente en línea” en el artículo 13 *undecies* de la nueva Directiva (UE) 2019/1151, de digitalización del derecho de sociedades³²². La previsión es para “el funcionamiento eficaz, la modernización y la racionalización administrativa” y para la facilitación de “información exhaustiva y accesible sobre las sociedades”³²³. La previsión es sin necesidad de comparecencia física ante la autoridad (no-

319 Aunque con especial referencia a las juntas completamente virtuales celebradas mediante las cadenas de bloques, GALLEGO LANAU, M.: “La aplicación de la tecnología de registro distribuido...”, op. cit., manifestó que el éxito de la DLT en las sociedades anónimas no cotizadas y en las sociedades limitadas dependería de si su coste es menor que el de la celebración de las juntas presenciales para, a continuación, señalar que el coste de esa tecnología sería elevado sin en tales sociales hubiera un escaso número de socios.

320 Según el artículo 26.3º del Código de Comercio.

321 Artículo 290 LSC.

322 Artículos 1 y 13 *undecies* y Considerandos 9º y 26º de la Directiva.

323 En expresiones tomadas del Considerando 1º de la Directiva.

tarial) en un proceso enteramente en línea de presentación de la documentación e información en el registro mercantil.

Una década atrás, la Directiva 2009/101/CE³²⁴ se encargaba de solicitar³²⁵ a los Estados miembros que se aseguraran de que las sociedades y otras entidades obligadas a “presentar actos e indicaciones que deban publicarse [...] lo puedan hacer por medios electrónicos”³²⁶; ofreciéndoles la posibilidad de que pudieran “imponer a todas las sociedades, o a determinadas categorías de sociedad, la realización por medios electrónicos de todos estos actos o indicaciones”. Una década adelante, la Asociación Española de *Fintech* e *Insurtech* (AEFI), en colaboración con el despacho de abogados *Hogan Lovells*, planteaba en el “Libro Blanco de *Insurtech*”, de junio de 2019³²⁷, la propuesta de ampliar la aceptación de la firma electrónica para la documentación relativa a la constitución y a la gestión diaria societaria. Planteaba el empleo de certificados digitales en la documentación que requiere firma electrónica: desde el momento de la tramitación registral de la sociedad hasta el “acceso al registro mercantil de documentos privados con firma electrónica”.

Una vez que las herramientas “íntegramente en línea” están previstas por la Directiva de digitalización de 2019, de modificación de la de 2017, para las relaciones externas de la sociedad con el registro mercantil, para que exista coordinación en lo que al empleo de la tecnología se refiere, las relaciones internas de los socios con la sociedad creemos que habrían de poder desarrollarse también “íntegramente en línea”³²⁸. Cuando el proceso interno de la toma de acuerdos esté digitalizado, quedaría completado el ciclo electrónico. Se completaría porque para las relaciones externas de la sociedad con

324 Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el artículo 48, párrafo segundo, del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros (DO L 258, 1 octubre 2009).

325 En el artículo 3.3.II, que fue citado por ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “¿Una revolución...?”, op. cit., como ejemplo de que España lo incumplía con la constitución no electrónica de las sociedades mercantiles.

326 Definidos estos “medios electrónicos” en el artículo 3.2.

327 Véase: AEFI; HOGAN LOVELLS: *Libro Blanco de Insurtech. La industria insurtech española y su marco regulatorio. Retos, oportunidades y las tendencias que marcarán el futuro del sector*, Madrid: AEFI, junio 2019, p. 73.

328 Como así opinara (y también opinamos) J. L. DE CASTRO MARTÍN en la mesa redonda del seminario celebrado en ICADE bajo la rúbrica: “*Robótica y empresa: desafíos, talento y digitalización global*”, el 30 de septiembre de 2019.

el registro mercantil prevé esta Directiva su digitalización y porque, a su vez, prevé que “el registro remit[a] dicha información por medios electrónicos al boletín nacional”³²⁹. El acceso electrónico fácil y gratuito o al precio no desproporcionado de su “coste administrativo”³³⁰ a la información societaria potenciaría la transparencia y la “protección de los intereses de los trabajadores, los acreedores y los accionistas minoritarios”; como prevé el considerando trigésimo de la Directiva europea en estudio, con fecha tope de transposición (salvo petición de prórroga de un año)³³¹, como regla general, a 1 de agosto de 2021³³².

Por y para la potenciación de esa transparencia y protección, esperemos que el legislador español no sea moroso (incluido el plazo de prórroga) en la transposición de esta Directiva; aunque, paradójicamente, lo fuese, incluso, en la transposición de la primera Directiva de lucha contra la morosidad³³³. Para no serlo esta vez, el Ministerio de Justicia sometía a un proceso de consulta pública la adaptación, entre otras, de esta de esta Directiva 2019/1151/UE³³⁴; y, anteriormente, por Orden de 25 de octubre de 2019³³⁵ constituía, en la sección mercantil de la Comisión General de Codificación, una ponencia para su transposición; cuyos trabajos, sin embargo, (en septiembre de 2020) aún no han concluido.

Para ir concluyendo nosotros este capítulo, planteemos, a continuación,

329 Considerando 26º.

330 “Coste administrativo” no desproporcionado, según el Considerando 30º. En el artículo 16.bis párrafo 2º de la Directiva (UE) 2017/1132 (que el artículo 1 de la Directiva 2019/1151 modifica) se precisa que es “el coste de desarrollo y mantenimiento de los registros”.

331 Por especiales dificultades objetivas que justifiquen dicha prórroga, según admite el apartado segundo del artículo 2 de la Directiva de digitalización.

332 Artículo 2.1 de la Directiva (UE) 2019/1151.

333 Huelga recordar que la primera Directiva de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales fue la Directiva 2000/35/CE (DO L 200, 8 agosto 2000); transpuesta en nuestro ordenamiento interno con la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (BOE nº 314, 30 diciembre 2004). Sabido es que aquella Directiva se derogó y sustituyó por la vigente Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011 (DOUE L 48, de 23 febrero de 2011).

334 Así se referencia en: AA.VV.: “Justicia somete a consulta pública la transposición de siete Directivas y Reglamentos europeos”, *El Derecho.com*, 3 diciembre 2019.

335 Firmada en Madrid, el 25 de octubre de 2019, por la Ministra de Justicia (4 pp.).

un escenario hipotético³³⁶ en el que la documentación e información de las sociedades mercantiles pudiera ser comunicada o transmitida mediante una plataforma con base en una cadena de bloques en la que las sociedades y el registro mercantil interactuaran a tal fin, y desde la que los terceros pudieran extraer a bajo coste la información. Esa plataforma digital de suministro interno y externo de la información registrada en *blockchain* generaría transparencia y confianza a las compañías y a los terceros. Si en una primera fase de implantación y aceptación de la plataforma esa confianza pudiera venir por la presencia del registro mercantil en el registro distribuido, en una fase ulterior quizás esa confianza podría conservarse sin necesidad de su intervención o quizás, como matiza la doctrina³³⁷, quedando el registro mercantil “en un nivel “superior” de confianza para situaciones concretas y menos frecuentes”.

5. Con *blockchain*: ¿con junta general revitalizada o sin junta general?

Siendo el pasado y el presente contrastables, el futuro es impredecible, como no nos cansamos de expresar. La parte final del quinto capítulo de esta investigación resulta inseguro por estar lleno de incógnitas. ¿Se conseguirá que todo el ciclo sea electrónico, apostando previamente el legislador por la expresa admisión de la plena virtualización de la junta general? En tal caso, ¿se reactivará el papel de la junta previo activismo societario?³³⁸ La función del jurista no es la predicción, aunque hay quienes predicen que se reactivará el activismo en la junta mediante *blockchain*³³⁹. En un entorno tan cambiante es difícil hacer pronósticos, aunque, de tener que pronosticar, también nos decantaríamos, aun no sin dudas, por la reactivación de la participación. Lo que, en cambio, resulta sencillo pronosticar es que la digitalización seguirá trastocando el modo, el tiempo y el espacio del emprendimiento de unos “ciberemprendedores” para quienes su único espacio es la Red³⁴⁰. Porque las

336 Planteado antes por PASCUAL, J.: “Registro mercantil...”, op. cit.

337 *Ídem*.

338 MUÑOZ PAREDES, J. M.: “Asistencia y delegación...”, op. cit., p. 188, no consideró que las técnicas electrónicas “*por sí solas vayan a lograr esa pretendida reactivación de las juntas*”. Para NAVARRO LÉRIDA, M.^a S.: “El poder de decisión...”, op. cit., p. 298, “*tal vez el cambio más impactante que podría generar la tecnología sea motivar a los accionistas a participar más directamente en la toma de decisiones corporativas a través de la votación*”.

339 Vid. *supra* la nota a pie de página nº 306.

340 La Red es un “*espacio sin lugares y sin demoras*”, en la gráfica expresión de:

implicaciones de los cambios tecnológicos llegarán más allá de la tecnología hasta el sustrato del derecho privado que rige a la empresa, el derecho mercantil de sociedades no podrá desatender, entre otros aspectos, la digitalización del proceso de adopción de acuerdos mediante la reunión o sin reunión.

Sería oportuno que la digitalización fuera impregnando el proceso de decisión societaria para ganar eficiencia, sin perder eficacia³⁴¹. El estado actual de la digitalización permite que ese proceso societario, interno y externo, sea por completo digital: desde la llevanza y la presentación en el registro mercantil de la contabilidad (tanto para la legalización de los libros como para la publicación de las cuentas anuales) hasta la identificación de los socios, el ejercicio de sus derechos y el proceso de toma de decisiones (en reunión virtual o sin reunión), además de la presentación de los acuerdos inscribibles en el registro mercantil y de su posterior publicación en el BORME.

La ulterior publicación en el BORME podría ser, no obstante, prescindible. Podría prescindirse de la publicación en el BORME, tras la publicación en el registro mercantil, si se atiende al artículo 16.3 de la Directiva (UE) 2017/1132, en la modificación y redacción de la Directiva de digitalización. Hay que dar publicidad en el registro a los documentos y la información societaria, “poniéndolos a disposición del público”. Ahora bien, la publicación añadida en el boletín nacional que “los Estados miembros podrán exigir” (no deberán exigir) puede ser alternativa a la publicación “por medios igualmente efectivos”. Estos medios, que son igual de efectivos que el boletín oficial, implicarían el uso de un sistema de acceso a la documentación e información “publicada por orden cronológico a través de una plataforma electrónica central”. En suma, se prevé la transmisión electrónica de la información y documentación bien al boletín oficial del registro mercantil (electrónico) o bien a una “plataforma electrónica central”, si así lo exigen los Estados miembros, quienes no vienen obligados, pero “podrán exigir” esa publicación por uno u otro medio de manera añadida a la publicidad y la puesta a disposición del público en el registro. Hasta tanto no decida (si acaso lo decide) nuestro legislador, con la transposición de la Directiva, sustituir la publicación en el BORME por la publicación en la plataforma electrónica central, aquella publica-

RODRÍGUEZ DE LAS HERAS PÉREZ, A.: “Los alefitas: la vida en digital. Los lugares ya no serán lo mismo en este mundo dual”, *El País Retina*, 13 octubre 2017.

341 Como comentara a la autora el registrador J. M.^a DE PABLOS, al finalizar el seminario: “*Robótica y empresa: desafíos, talento y digitalización global*”, celebrado en ICADE (Madrid) el 30 de septiembre de 2019.

ción añadida subsistirá, como coste, para las sociedades mercantiles³⁴². Coste subsistente será, en todo caso, el de la publicidad en el registro mercantil, si bien restringido al “coste administrativo”, incluido el “coste de desarrollo y mantenimiento” del registro³⁴³.

En cualquier caso, para que el impacto práctico de la tecnología sea una realidad en el seno de nuestras sociedades mercantiles se necesitaría un marco regulatorio bien adaptado a la tecnología. Sin una regulación adaptada, amplia y expresa, nos tememos que persistirá una brecha entre la tecnología y la aplicación de la tecnología a la compañía³⁴⁴. Para que la tecnología sea una realidad práctica diaria en el proceso de decisión societaria haría falta, además de regulación, “educación”³⁴⁵. “Educación” tecnológica de los socios y los administradores, en el sentido de concienciación o sensibilización hacia las ventajas que la digitalización es capaz de proporcionar también en el interior de la sociedad. Esa concienciación ha podido llegar por el repunte de la digitalización durante el repunte de la pandemia. Quizá después pueda conservarse.

Con regulación y concienciación, nos situaríamos en un escenario en el que el órgano decisorio podría ser virtual y en el que, en consecuencia, el proceso de decisión y la documentación societaria generada para reflejar los acuerdos adoptados podrían estar igualmente digitalizados³⁴⁶. Si la tecnolo-

342 FUENTES NAHARRO, M.: “La digitalización del derecho de sociedades...”, op. cit., abogaría por la publicidad a través de la plataforma electrónica central, “*dada la carga (excesiva) que la doble publicación en el BORME y en el registro mercantil soportan hoy las empresas en España*”; citando a: LUCINI MATEO, A.: “La nueva Directiva sobre utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del derecho de sociedades”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 86, julio-agosto 2019, p. 46.

343 En los términos del artículo 16 bis, apartado segundo, de la Directiva de 2007, en la redacción de la Directiva de digitalización de 2019.

344 Según se comentara en: AA.VV.: “El futuro de la gobernanza corporativa a través de la tecnología *blockchain*”, *MundoOffshare.net*. También NAVARRO LÉRIDA, M.^a S.: “El poder de decisión...”, op. cit., p. 288, opinaría que “*es clara la necesidad de regulación jurídica que pide el blockchain*”. “*El blockchain es una solución ingeniosa para la verificación, pero para promover la confianza se requiere algo más. Ahí es donde el sistema legal entra en juego*”; con cita a: WERBACH, K. D.: “Trust, but verify: why the blockchain needs the law”, *Berkley Technology Law Journal*, August 1, 2017.

345 Idea del registrador J. M.^a DE PABLOS expresada ante la autora, al terminar el seminario ICADE: “*Robótica y empresa: desafíos, talento y digitalización global*”, el 30 de septiembre de 2019.

346 Así, J. W. IBÁÑEZ JIMÉNEZ, en su ponencia “Gobernanza societaria automá-

gía utilizada fuese la de las cadenas de bloques, el contenido del acta *blockchainizada* quedaría inalterable. El proceso decisorio, desde la convocatoria hasta la generación del acta de la reunión, pasando por la votación a través de esta herramienta digital, sería inmutable. La inmutabilidad conduciría a la imposibilidad de falseamiento.

Comenzábamos este capítulo quinto comentando la *praxis* habitual en las sociedades limitadas de pocos socios de la no convocatoria y la no celebración de una reunión presencial que, sin embargo, queda formalizada por escrito en un acta. La formalización del acta de una reunión presencial que nunca existió supone un falseamiento susceptible de desembocar en responsabilidad penal de los administradores por un delito de falsedad en documento privado mercantil³⁴⁷. Este fenómeno usual de las juntas universales sin sesión –que no son sino juntas ficticias³⁴⁸– podría encontrar una óptima solución con las juntas *blockchainizadas*³⁴⁹. En ellas el acta no podría alterarse. En ellas el acta no podría sino reflejar (automáticamente) el contenido y el sentido de lo acordado³⁵⁰ durante el período de votación. No se podría falsear, no se podría simular. Se reducirían falseamientos e incumplimientos³⁵¹. Sin falseamientos ni simulaciones, se constatarían con transparencia los acuerdos adoptados en cada uno de los puntos del orden del día, así como el sentido y el número de cada uno de los votos. Tal escenario de generación automática de un acta, reflejo fiel de los acuerdos adoptados, haría decaer el sentido de un acta notarial³⁵². Con una cadena de bloques decaería la necesidad de intervención de un notario. En efecto, con el uso para estos fines de una tecnología que deja

tica y responsabilidad civil en la administración de redes distribuidas”, en el seminario: “¿Caben sociedades automáticas? Retos y riesgos de la gobernanza automática y de la transformación digital en el derecho societario”, el 30 septiembre 2017, organizado por la Cátedra Garrigues de modernización del derecho de sociedades: “funcionamiento societario automático y órganos virtuales”, “Digitalización documental societaria”.

347 Artículo 395.1 del Código Penal, en concordancia con el 390.1 del mismo cuerpo legal.

348 En denominación empleada por la doctrina. Vid. *supra* la nota a pie de página nº 20.

349 Como se adelantó y concretó en: GARCÍA-VALDECASAS, G.: “Nuevas herramientas de *compliance* (I)”, *Cysae.com*, 29 enero de 2018 (luego reproducido en: PAS-CUAL MALDONADO, J.: “Nueva aliada para el “*compliance*”: la tecnología “*blockchain*””, *Compromiso empresarial*, 9 abril 2018).

350 *Ídem*.

351 *Ídem*.

352 Artículo 203 LSC. Así, también se comentaría en: *ídem*.

huella se obtendría inalterabilidad o inmutabilidad, seguridad y transparencia sin intervención de un tercero de confianza. Pero, para su uso, los estatutos sociales, previa modificación o, mejor, previa constatación en el momento de la constitución societaria, habrían de reflejar para la convocatoria, la deliberación y la adopción de acuerdos el empleo de *blockchain* o, mejor, en general, de cualquier herramienta digital³⁵³.

Para terminar este vasto capítulo, tan solo nos queda verter una idea más: el empleo de *blockchain* para la toma de decisiones –previa cláusula estatutaria, en tanto no haya una previsión legal– podría restringirse o engrandarse por cada sociedad para cada junta. Restringido estaría su empleo si únicamente la delegación y votación se hiciera a través de esta tecnología (mediante un móvil, una tablet o una *app*)³⁵⁴. Habría, en tal caso, una junta presencial (siempre con la posibilidad de la asistencia telemática) con voto (y delegación de voto) electrónico *blockchainizado* para los asistentes, al menos, para los telemáticos. Engrandecido estaría su empleo, en cambio, si la junta se convocara, celebrara, acordara y votara en el espacio virtual de esta tecnología distribuida.

En este segundo caso e imaginando que no hubiera simultaneidad temporal de los socios participantes en el proceso de decisión societaria sino la apertura de un período más o menos dilatado abierto para la intervención y la votación³⁵⁵, la pregunta a formular sería si habría o no una junta general propiamente dicha. En un escenario en Red no hay lugares ni tiempos o, al menos, la percepción clásica de los espacios y los tiempos varía con la nueva tecnología en Red; según indicó, con el acierto que siempre le caracterizó, RODRÍGUEZ DE LAS HERAS PÉREZ³⁵⁶. La Red resquebraja el tradicional principio de unicidad de tiempo y de lugar, característico hasta ahora de la junta general. No habría una junta, entendida como un mismo espacio y tiempo para deliberar y acordar, si mediante la tecnología de registros distribuidos se abriera un período temporal continuado para intervenir y votar³⁵⁷.

353 *Ídem*, en sentido similar.

354 En *ídem*, se indicó literalmente que: “*Independientemente de que la junta se celebre en un lugar presencial, en el espacio virtual o en ambos al mismo tiempo, la votación se haría a través de la herramienta (móvil u otro dispositivo)*”.

355 Vid. GALLEGO CÓRCOLES, A.: “El *blockchain*...”, op. cit., pp. 331-332.

356 Indicaría RODRÍGUEZ DE LAS HERAS PÉREZ, A.: “Los alefitas: la vida en digital. Los lugares...”, op. cit., que: el mundo en Red es un mundo sin (desplazamientos a) lugares donde aparece el reto de una nueva percepción del espacio y el tiempo.

357 Si bien no refiriéndose a la tecnología disruptiva de la cadena de bloques, en

Sin simultaneidad (física ni virtual) de los socios, no habría junta como tal, pero sí presentación directa de propuestas, intervención y votación, previa información para formar una fundada opinión³⁵⁸, en cualquier momento (o dentro del amplio período abierto) y desde cualquier dispositivo. La no reunión para la toma de decisiones corporativas se facilitaría con esta rompedora tecnología. Se sacaría provecho de esta tecnología para avivar la participación societaria, con voz y voto, sin lugar ni tiempo, con transparencia informativa y seguridad sin necesidad de un tercero de confianza. No habría reunión, pero sí decisión por medios digitales y, en especial, por medio de *blockchain*.

Esta tecnología disruptiva podría servir, en efecto y en definitiva, no solo para la adopción de los acuerdos en un escenario con sesión, con reunión (si solo estuviera *blockchainizada* la delegación y la votación), sino también para el opuesto, sin sesión, sin reunión, si todo el proceso de convocatoria, información, intervención y ejercicio del derecho de voto (durante un período más o menos largo de tiempo) se formalizara dentro de la cadena de bloques³⁵⁹. La transparencia informativa ínsita en esta cadena, generadora de confianza y seguridad, permitiría prescindir de la reunión en junta³⁶⁰ para su sustitución por un escenario en Red. La simplificación y la agilización del proceso decisorio *blockchainizado* permitiría relegar la burocrática convocatoria y constitución de una junta general ordinaria y de una o más extraordinarias. Con capacidad para derrumbar formalismos y tiempos de espera, esta tecnología podría contribuir a extender procesos decisorios con agilidad y eficiencia sin

un sentido similar, comentaría PÉREZ CARRILLO, E. F.: “Simplificación en la organización...”, op. cit., p. 379, que las nuevas tecnologías “*permiten que la junta general llegue a convertirse en un acto continuado en el tiempo y en el espacio; o, incluso, que pase a constituir un espacio totalmente virtual*”.

358 Aunque desde la perspectiva más amplia del voto electrónico no del socio sino de la ciudadanía, JURADO, F.: “¿Es suficiente votar cada cuatro años? No, si confiamos en la tecnología”, *El País Retina*, 28 junio 2018, comentaría que las “*nuevas fórmulas de participación [...] apoyadas en big data y blockchain*” permitirían tener “*acceso a toda la información necesaria para poder formarte una opinión fundada*”.

359 A ello se referiría antes que nosotros, GALLEGO CÓRCOLES, A.: “*El blockchain...*”, op. cit., pp. 331-332.

360 Concordamos, así, con: AA.VV.: “El futuro de la gobernanza corporativa...”, op. cit. También, con cita a: GARCÍA MARTÍNEZ, L. M.^a: “Consideraciones iniciales...”, op. cit.; en MENÉNDEZ ARIAS, M.^a J.; RODRÍGUEZ GARCÍA, T.; ALCAIDE SOLER, F.: “*Blockchain y derecho societario...*”, op. cit., p. 617, se manifestó que la “*opción radical*” de incorporación plena del registro distribuido “*llevaría a la desaparición de la junta general como tal*”.

reuniones ni presenciales ni telemáticas. Para que esta potencialidad de esta tecnología de la cadena de bloques se desenvuelva sin desajustes dentro de la legalidad, faltaría incluir, no obstante, un cambio importante en la ley de sociedades de capital: la admisión expresa de la discusión y votación de los acuerdos sin reunión.

HACIA LA DIGITALIZACIÓN DEL GOBIERNO CORPORATIVO: DESCENTRALIZADO Y DISTRIBUIDO¹

Todo lo que no agregue valor es desperdicio. Los buenos administradores de la empresa tienen la obligación de eliminarlo.

Pat LANCASTER, presidente de LANTECH².

1. ¿Desde la “apatía accionarial” hasta la participación avivada?

Comienza el presente y último capítulo como concluía el anterior: tanto la (parcial y progresiva) *blockchainización* de los procedimientos de delegación y votación en junta como, más allá, el proceso de decisión societaria por completo *blockchainizado*, sin junta, permiten atisbar, no sin dudas, la mutación de la tradicional “apatía accionarial” por una participación incentivada. La incentivación estaría basada en la seguridad, la suficiencia informativa y la confianza, sin presencias de terceras partes confiables, con socios que pondrían, intervendrían y votarían desde cualquier dispositivo móvil.

Desde un punto de vista operativo, un proceso de decisión societario digitalizado reduciría costes³. Reduciría previsiblemente también el absentismo, esa “apatía”, habiendo suficiente información y no habiendo desplazamientos

1 Un estudio de la autora más extenso sobre el buen gobierno de las sociedades no cotizadas, en enlace directo con la financiación empresarial, se publicó en: GARCÍA MANDALONIZ, M.: “Gobierno corporativo de la sociedad no cotizada...”, op. cit., pp. 325-452. De esta publicación se toman, para este capítulo sexto final, varias observaciones, aseveraciones y reflexiones, bien que en el presente texto las reglas y recomendaciones del buen gobierno de las sociedades no cotizadas quedan enlazadas con la revolución digital y, en especial, con la disruptiva tecnología de la cadena de bloques.

2 Tomada la frase de: JENNINGS, J.: *Menos es más: cómo las compañías que se destacan utilizan la productividad como herramienta competitiva en sus negocios*, Quito: Norma, 2003, p. 173.

3 “Operativamente se reduce el coste”, indicaría GALÁN, J.: “El disputado voto del ciudadano digital”, *El País Retina*, 7 noviembre 2019, bien que, en general, para la votación de la ciudadanía en las elecciones.

a lugares⁴. Con acceso inmediato a la información necesaria para formar una opinión fundada⁵, la toma de decisiones sociales podría funcionar con más agilidad y más continuidad; con más eficiencia⁶, en definitiva.

Se abriría el camino a una reformulación de la participación societaria⁷. Con una participación avivada, por informada –con información inmediata no falsificada– y por abaratada, el órgano de deliberación y decisión para la formación de la voluntad de la sociedad mercantil de capital dejaría de ser un “órgano en crisis”⁸ para convertirse en un verdadero órgano soberano. En crisis no solo está en las sociedades cotizadas, por aquella “apatía accionarial”, sino también en las no cotizadas con escaso número de socios. Pero, en estas, más que un “órgano en crisis”, es un “órgano falseado” cuando se formaliza (*rectius*, se falsea) el acta de una reunión que ni presencial ni electrónicamente existió⁹.

En realidad, si todo el proceso de la toma de decisiones estuviera desde el inicio (de la convocatoria) hasta el final (de la votación y documentación de los acuerdos adoptados) *blockchainizado* no habría siquiera un “órgano” de los socios, es decir, una junta general; entendida la junta como una reunión formal en tiempo y lugar. Sí habría, en cambio, decisión colectiva, previa presentación, aceptación y ejecución de propuestas, y posterior votación y adopción de acuerdos a través de esta tecnología disruptiva¹⁰. Habría, en palabras de NAVARRO LÉRIDA¹¹, una “nueva manera de entender la función de las “juntas generales””. Habría, en nuestras palabras, una nueva manera de entender las decisiones sociales sin juntas generales. Habría –y desde aquí quisiéramos partir para su desarrollo en este sexto capítulo de esta publicación– un funcionamiento eficiente del proceso de toma de decisiones (aun sin junta), previo óptimo desarrollo del derecho de información de los

4 *Ídem*.

5 En palabras tomadas de JURADO, F.: “¿Es suficiente votar...?”, op. cit.

6 A la agilidad y eficiencia del proceso de toma de decisiones de las “nuevas fórmulas de participación [...] apoyadas en *big data* y *blockchain*” habría alusión en *ídem*.

7 En términos similares, pero para la participación ciudadana, de nuevo, *ídem*.

8 Vid. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: “Notas sobre el concepto...”, p. 1263.

9 *Ídem*.

10 A través de *blockchain* puede hacerse la presentación de propuestas, la aceptación de propuestas, la ejecución de las propuestas, la votación y el cambio de las reglas de votación, conforme nos recordaría: NAVARRO LÉRIDA, M.^a S.: “El poder de decisión...”, op. cit., p. 294.

11 *Ídem*.

socios, que desembocaría en una mejora del gobierno corporativo; en previsión (fácilmente compartida) de la profesora NAVARRO LÉRIDA¹².

Un óptimo derecho de información de los socios es un “aspecto fundamental de la filosofía de gobierno corporativo”¹³, por el que ha de velarse y por el que velaría la tecnología de registros distribuidos al proporcionar transparencia y seguridad. Un registro descentralizado con múltiples ordenadores conectados al sistema garantiza la validación del registro, en cuanto que cada nodo de la red registra la operación. Los datos están descentralizados, pero no duplicados¹⁴. En la base de datos se puede añadir, pero ni modificar ni borrar. No se maneja, no se falsifica, no se altera, no se manipula¹⁵. La descentralización aumenta, en consecuencia, la seguridad material¹⁶, además de la transparencia.

En un escenario ideal de buen gobierno corporativo de una sociedad mercantil convencional o tradicional, los procedimientos de información han de aunar las características de estabilidad, suficiencia y periodicidad. El órgano de administración ha de ofrecer una información completa y comprensible de la gestión. Ese órgano de administración ha de responsabilizarse de garantizar un “diálogo satisfactorio” entre todos los socios y una “comunicación fluida”¹⁷ con quienes estén desvinculados de la marcha de la sociedad; y, generalmente, más desvinculados están cuanto mayor es la dimensión empresarial. Con *blockchain* la desvinculación pudiera disminuir, al aumentar la información estable, suficiente, periódica y no alterada que conlleva la descentralización de la cadena de bloques. La menor desvinculación vendría

12 *Ibidem*, p. 297.

13 En la expresión empleada en el apartado II.1, página 25, de los principios de buen gobierno corporativo para sociedades no cotizadas redactados por el IC-A.

14 Vid. KORJUS, K.: “Welcome to the blockchain nation...”, op. cit.

15 GARAYAR, E.: “*Blockchain...*”, op. cit., apuntó “*la cualidad de la blockchain de registrar transacciones irreplicables y de imposible manipulación, alteración o falsificación*”. También después indicaría IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W.: “*Blockchain, ¿el nuevo notario?*”, *Repositorio Comillas*, 1 agosto 2016, p. 2, que el “*tracto registral [es] virtualmente eterno, inamovible y seguro*”; “*ese tracto no es, como el registral clásico, manejable, falsificable, alterable o manipulable*”.

16 *Ibidem*, p. 3. Las características antedichas de esta tecnología las reflejábamos con anterioridad en nuestro siguiente estudio: GARCÍA MANDALONIZ, M.: “*Hacia un sistema único...*”, op. cit., en la nota a pie de página nº 90 y el correspondiente texto principal.

17 En expresiones reflejadas en los principios de buen gobierno corporativo para sociedades no cotizadas del IC-A (p. 25, apartado II.1).

anudada a la descentralización, sin necesidad de un “diálogo satisfactorio” ni de una “comunicación fluida”¹⁸ con el órgano de administración y ¿sin necesidad de órgano de administración?¹⁹ Clásico es el entendimiento de que el buen gobierno corporativo va firmemente ligado al órgano de administración. Pero, la cuestión que surge con *blockchain* es si es capaz (y, en caso de ser capaz, en qué medida) de romper o rasgar esa ligazón entre el buen gobierno y el órgano de administración. En otras palabras, ¿un buen gobierno “*blockchainizado*” no requeriría de un órgano de administración para la gestión de la corporación?

Con independencia de esa cuestión a la que más adelante se dará una detallada respuesta, la ecuación prevista por el empleo de *blockchain* en el proceso corporativo de decisión sería la siguiente: a más información y seguridad, más motivación para intervenir y votar y, en definitiva, para participar e involucrarse en la sociedad²⁰ por los previsible menores costes y las mayores facilidades. Con transparencia informativa, parece que se sacaría provecho de esta tecnología disruptiva para avivar la participación societaria, por minoración de tiempos, esfuerzos y costes.

Pese a esta previsión inicial, en el caso extremo de empleo pleno de *blockchain* en una empresa no “convencional”, como sería una organización autónoma descentralizada o DAO, se ha observado cómo “la participación de los accionistas [...] puede resultar problemática. [Con] carencia en la participación en las votaciones, porque requiere tiempo y energía para considerar propuestas”²¹. En las organizaciones autónomas descentralizadas paradójicamente

18 *Ídem*.

19 NAVARRO LÉRIDA, M.^a S.: “El poder de decisión...”, op. cit., p. 299, lanzaría la siguiente pregunta: “¿hacia una gestión sin administradores?” Así también en el título del epígrafe 3 de su siguiente artículo: “Gobierno corporativo, *blockchain*...”, op. cit., p. 5; donde justo antes se cuestionó “si la implantación real de las DAO hará prescindible el órgano de administración”.

20 Vid. NAVARRO LÉRIDA, M.^a S.: “El poder de decisión...”, op. cit., p. 298.

21 Permítanos el lector que, de modo excepcional, acudamos a Wikipedia para tomar el párrafo entrecomillado en el texto principal. También allí se anuncian algunos de los escasos ejemplos prácticos que hay de DAO: TheDAO (como primer y fracasado fondo de inversión descentralizado), Dash, Digix.io, SmartCash, SuperDao o Solar Dao. Tanto a la primera citada como a estas dos últimas DAOs se refiere: PARRANDO, L.: “Tecnología *blockchain*, una nueva era para la empresa”, *Revista de Contabilidad y Dirección*, vol. 27, 2018, pp. 27-29, en la nota a pie de página nº 9 y en la bibliografía. También a TheDao y otras Dao, como DigixDAO o Maker DAI, aludieron: MENÉNDEZ ARIAS, M.^a J.; RODRÍ-

camente se produce el fenómeno de la “apatía del votante”²². No son estas empresas autónomas, sin embargo, sino las “empresas convencionales” –que pudieran basarse parcialmente en *blockchain* sin actuar con plena autonomía– quienes ocupan y centran nuestra mirada y atención. Aun así, observada la experiencia de apatía de los titulares de *tokens* (que tienen el poder de decisión) en las DAO, por un exceso de información cuyo procesamiento “requiere tiempo y energía”²³, nos queda la duda de si la anunciada previsión inicial de sustitución de la “apatía accionarial” por la participación avivada se daría en las compañías tradicionales que empleasen las cadenas de bloque para sus procesos internos de tomas de decisiones. La duda persistiría, pese al aumento del porcentaje de votos electrónicos que hubo en el proyecto piloto de uso de *blockchain* en la junta general de una reconocida entidad de crédito cotizada en nuestro mercado de valores²⁴.

Con independencia de la duda formulada, la votación, más o menos activada, sería con conocimiento de causa, sin temor a que la información estuviese parcheada ni falsificada. Y sin perjuicio de poder contar con el *expertise* de profesionales internos o externos, para solicitar aclaraciones de dudas para formar con más facilidad una mejor opinión en las materias a debatir y votar. Los votos e intervenciones de los socios asistentes (telemáticos) se consignarían en un acta²⁵ que reflejaría los acuerdos adoptados sin maniobras en los resultados²⁶ y sin necesidad de la intervención de un notario.

2. Con graduación de la maximización de la transparencia

La información, que se ve incrementada por el empleo de esta rompedora

GUEZ GARCÍA, T.; ALCAIDE SOLER, F.: “Blockchain y derecho societario...”, op. cit., pp. 520-524.

²² Vid. PARRANDO, L.: “Tecnología *blockchain*...”, op. cit., pp. 27-29.

²³ *Ídem*.

²⁴ En el proyecto piloto del Banco Santander que realizó con la *fintech Broadridge Financial Solutions* y al que nos referíamos *supra* en la nota a pie de página nº 265 del capítulo quinto de este libro.

²⁵ Todo ello en los términos que recomienda el apartado II.2, correspondiente a la parte II, de los principios de buen gobierno corporativo para las sociedades no cotizadas del IC-A, en las páginas 25 y 26.

²⁶ NAVARRO LÉRIDA, M.^a S.: “El poder de decisión...”, op. cit., p. 298, resaltaría que la manipulación de los resultados se dificultaría por la transparencia y la precisión que ofrece *blockchain*.

tecnología, ofrece la ventaja de la modernización de los procedimientos de voto²⁷ y de la adopción de los acuerdos en el interior de la sociedad (cotizada o no cotizada), con junta o sin ella. También puede ofrecer ventajas de cara al exterior. Ofrecer información al exterior, a modo de transparencia informativa, sobre las reglas de gobierno corporativo que han sido acogidas permite a una sociedad (no solo cotizada) incrementar el *status* y la reputación y, así mismo, puede favorecer el acceso a los recursos financieros externos²⁸.

Una nota de prensa, de 27 de marzo de 2006²⁹, del Instituto de Consejeros Administradores (IC-A) pondría en este último extremo el acento en las sociedades no cotizadas de carácter familiar. Indicó que estas sociedades consideran que “las prácticas de buen gobierno son un factor determinante” de su estabilidad, supervivencia, desarrollo y éxito a largo plazo, “y contribuyen, de manera muy positiva, en los casos de acceso a capitales”³⁰. Haría falta, por tanto, también en las sociedades no cotizadas con un *fair play* corporativo diseminar la información hacia el exterior para ofrecer transparencia en el mercado, a efectos de facilitar el crecimiento y la financiación empresarial³¹.

En las sociedades que sí negocian sus valores en un mercado bursátil, la información que han de suministrar ha de entregarse de manera detallada, homogénea, fiable, inmediata y suficiente, con el ánimo de colmar las exigencias del principio básico de transparencia informativa para la mejor protección y salvaguardia de los intereses de los inversores en el mercado de valores. En efecto, la sociedad cotizada ha de proporcionar en tiempo útil in-

27 Que “la tecnología blockchain permite una modernización [...], en particular, en los procedimientos de voto”, se indicaría en *ídem*.

28 En la relación entre el gobierno corporativo de la sociedad no cotizada y el acceso a distintas fuentes de financiación empresarial tuvimos ocasión de detenernos en: GARCÍA MANDALONIZ, M.: “Gobierno corporativo de la sociedad no cotizada...”, op. cit., pp. 325-452. Los aspectos principales de este subepígrafe son tomados de este trabajo nuestro que aquí citamos.

29 Citada en la nota a pie de página nº 386 de *ídem*.

30 El acceso a los capitales, las alianzas, las operaciones de compra o fusión fueron remarcados como efectos derivados de las prácticas de buen gobierno en el quinto párrafo de la aludida nota de prensa. Asimismo, en: CARAZO, J.: “El gobierno corporativo se pone a prueba con las PYMES”, *Diario Cinco Días*, 16 enero 2012; VALLEJO, A.: “Buen gobierno corporativo en empresas no cotizadas”, *Capital Humano*, nº 207, febrero 2007, p. 108.

31 Lo que en los párrafos siguientes se comentará sobre la financiación empresarial es un extracto del capítulo de nuestra autoría antes citado: GARCÍA MANDALONIZ, M.: “Gobierno corporativo de la sociedad no cotizada...”, op. cit., pp. 325-452.

formación cuantitativa y cualitativa sobre el gobierno corporativo relevante, completa, correcta, unitaria y ordenada para la protección de los inversores y dirigida a la adopción de decisiones informadas de inversión-financiación³².

Si así ha de ser para las sociedades cotizadas, así podría ser para las sociedades no cotizadas. Ciertamente es que en las sociedades cerradas la información se estructura de modo diverso a como lo hace en las abiertas. Mientras en las cerradas la información cumple una función intra-societaria, como derecho mínimo esencial de los socios³³, en las abiertas aquella función se agranda y desplaza desde los confines internos hasta los externos. En estas últimas se convierte en un deber de información plena (*full disclosure*) al público, en general, y a los inversores, en particular³⁴; actuando como un deber de transparencia en y hacia el mercado³⁵. La intensificación en grado mayúsculo de este deber de transparencia es el sostén de las sociedades con negociación bursátil y de los mercados en los que se negocian sus valores³⁶. La máxima transparencia es necesaria para la negociabilidad de las acciones en el mercado. En ellas la transparencia informativa se alza en valor estratégico por responder a la confianza depositada y alimentar el depósito de más confianza³⁷.

32 Según se desprende de las páginas 13 y siguientes del Informe Aldama. Ahondando en ello, vid. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M.: “Fundamentos y antecedentes del régimen de información y transparencia en las sociedades cotizadas”, en VIVES, F.; PÉREZ ARDÁ, J. (coords.): *La sociedad cotizada*, Madrid: Marcial Pons, Colección Garrigues, 2006, pp. 76 y ss.; VILLEGAS, M.: “Transparencia y gobierno corporativo: lecciones del caso argentino”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, nº 4, 2009, pp. 302 y ss.

33 Artículo 93.d) LSC.

34 Un listado ejemplificativo de los interesados en la marcha de la empresa a los que ha de proporcionarse la información contable-financiera y –añadimos– de gobierno corporativo sería (según recogió: CAÑIBANO CALVO, L.: “Información financiera y gobierno de la empresa”, *Contabilidad Financiera*, julio-septiembre 2004, p. 163, con cita a: INSTITUTE OF CHARTERED ACCOUNTANTS IN ENGLAND AND WALES: *Corporate Report*, London: ICAEW, 1975): inversores, prestamistas, empleados, analistas financieros y otros asesores, clientes y proveedores, Administración Pública y público en general (consumidores, sindicatos o inversores potenciales).

35 Vid. VILLEGAS, M.: “Transparencia y gobierno corporativo...”, op. cit., pp. 305 y ss.

36 *Ibidem*, pp. 305-306.

37 Vid. MEDINA REY, J. M.: “Transparencia y buen gobierno en las ONGD”, *Revista Española del Tercer Sector*, nº 11, enero-abril 2009, pp. 93, 100; SANZ PARAÍSO, L. F.: “Las comisiones de auditoría y cumplimiento”, en ESTEBAN VELASCO, G. (coord.): *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid: Marcial Pons, Colección Garrigues &

Pero, aunque no sea imperativo, proporcionar información de calidad al exterior por parte de las sociedades no cotizadas de sus estructuras y prácticas de gobierno, generaría confianza con sus clientes y proveedores, así como con los potenciales inversores³⁸. Aun cuando no estructurado como deber, el hecho de verter información al exterior relevante, fiable, comprensible, verificable y oportuna sobre la gestión interna y su control y un proceso de toma de decisiones eficiente anularía o, cuando menos, minoraría el conocido fallo de mercado de la “asimetría informativa” o “información oculta”. La asimetría informativa –como situación en la que hay opacidad informativa respecto de la solvencia del solicitante de la financiación y de la fiabilidad y calidad del proyecto a financiar³⁹– obstaculiza una óptima relación contractual entre las sociedades no cotizadas de corto tamaño e historia y los potenciales inversores-financiadores externos⁴⁰. Su reducción es clave para potenciar la inversión-financiación.

Andersen, 1999, p. 378. Sobre el mantenimiento de la confianza de los inversionistas nacionales y extranjeros, con la consiguiente atracción de capitales estables a largo plazo, proporcionados por la divulgación de las reglas de buen gobierno de las sociedades cotizadas, léanse, además, los principios de la OCDE para el gobierno de las sociedades, desde su primera versión (pp. 7-8, 14).

38 La confianza que genera la aceptación de los principios del buen gobierno entre clientes, proveedores, inversores y entidades financieras fue puesta de manifiesto en: HIERRO ANIBARRO, S.; ZABALETA DÍAZ, M.: “Buen gobierno de la PYME y de la empresa familiar en la Unión Europea”, en PÉREZ CARRILLO, E. (coord.): *Gobierno corporativo y responsabilidad social de las empresas*, Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 238. Que, en general, el grado de buen gobierno adoptado por la compañía pesa mucho en la decisión de los inversores se remarcó, entre otros, en: RUMEU DE ARMAS, A.: “Un buen gobierno corporativo también será rentable en el MAB”, *El Confidencial*, 15 junio 2009. Asimismo, se especificó en el siguiente documento: INSTITUTO DE CONSEJEROS-ADMINISTRADORES: *Reformas prioritarias en gobierno corporativo para salir de la crisis: mejor gobierno corporativo*, Madrid: Instituto de Consejeros-Administradores, 17 julio 2012, p. 6.

39 Léase, a efectos de la definición de “asimetría informativa”: MENÉNDEZ REQUEJO, S.: “Racionamiento de crédito como consecuencia de la asimetría de información y los costes de agencia”, *Información Comercial Española: Revista de Economía*, nº 735, 1994, p. 145.

40 Vid., por todos, ARCE, O.; LÓPEZ, E.; SANJUÁN, L.: “El acceso de las pymes con potencial de crecimiento a los mercados de capitales”, *Documentos de trabajo CNMV*, nº 52, noviembre 2011, p. 13 y su nota a pie de página nº 5. En la página 2 del plan de acción para mejorar el acceso a la financiación de las PYMES, que dictó la Comisión en diciembre de 2011, también se achacó a las asimetrías de información entre los proveedores y los solicitantes de fondos jugar un papel fundamental en las dificultades para acceder a la financiación externa por parte de las pymes, impidiendo su crecimiento. En el prólogo

No se pretende desde aquí incitar a que las compañías no cotizadas revelen datos que hagan peligrar su posición competitiva, sino a que proporcionen información material organizativa suficiente, oportuna y útil para que los terceros tengan conocimiento de elementos relevantes para adoptar de forma razonada y fundada una decisión de inversión⁴¹. A mayores niveles de transparencia, menores serán los costes de los inversores para evaluar los riesgos operativos y de gestión de cara a distinguir, a efectos de invertir, a unas sociedades no cotizadas de otras⁴².

La transparencia –se reitera– se amplifica a través de la tecnología de registros distribuidos. Las ventajas de la maximización de la información son evidentes en la vertiente interna de la sociedad, en las relaciones de los socios, los administradores y la sociedad. Pero ¿todo son ventajas también en la vertiente externa? La máxima transparencia que entraña una red de *blockchain* pública o abierta (como pública o abierta es la originaria que sostiene el *bitcoin*) supondría dar visibilidad a cualquier tercero de la estructura del poder y la propiedad de la sociedad o de sus transacciones⁴³ u operaciones. Lo que sería visible para los socios, lo sería también para cualquier tercero interesado. La información sería compartida en una red abierta a cualquier participante. Pero, a efectos estratégicos o competitivos, bien pudiera no interesar ni a la sociedad mercantil ni a sus inversores proporcionar esa máxima transparencia a cualquier tercero. Más pudiera interesar graduar la transparencia, restringiendo la entrada a determinados terceros (que cumplan determinados requisitos de acceso) en una infraestructura que, para ello, convendría

de los “Lineamientos para un Código andino de gobierno corporativo: Eficiencia, equidad y transparencia en el manejo empresarial”, de abril de 2005, aplicables al amplio espectro empresarial que va desde las sociedades abiertas hasta las cerradas, se expresó con generalidad que las buenas prácticas de gobierno corporativo “*mitigan los problemas de información asimétrica que caracterizan a los mercados financieros. En estas circunstancias, [...] son la clave para el acceso de las empresas a los mercados de capital*”.

41 Los Principios de la OCDE para el gobierno de las sociedades destacaron en la primera edición el mínimo de información a comunicar (por las sociedades cotizadas): la “*información material*”, entendida como la “*información cuya omisión o presentación errónea puede llegar a influir en las decisiones económicas adoptadas por los usuarios de dicha información*” (p. 44); remarcándolo en la segunda edición correspondiente a 2004 (p. 50).

42 Con mayor grado de detalle se comentaría, si bien para las sociedades cotizadas, en: VILLEGAS, M.: “Transparencia y gobierno corporativo...”, op. cit., pp. 306, 309-310.

43 Vid. NAVARRO LÉRIDA, M.^a S.: “El poder de decisión...”, op. cit., pp. 297-298.

que fuese permitida o privada⁴⁴. En estos otros casos, habría transparencia, pero no maximizada, sino graduada. La apertura de la información no sería para todos los terceros sino para determinados terceros, previo permiso por previo cumplimiento de requisitos. El usuario autorizado podría leer (no modificar ni borrar) la información almacenada en el servidor. La apertura podría restringirse, además de a determinados terceros (a aquellos terceros con permiso), a determinadas parcelas de datos. Aun con una *blockchain* permitida, podría llegar a proporcionarse un mayor grado de información que el que se proporciona sin *blockchain* al mercado en la actualidad, incluso, por parte de las sociedades cotizadas⁴⁵.

3. Sin manipulación en la ejecución de la decisión

Movamos a partir de ahora el prisma de atención desde el órgano con misión para formar la voluntad soberana de la sociedad hasta el órgano con encargo para ejecutar esa decisión soberana, gestionando en el interior y representando en el exterior a la sociedad. En este movimiento en la orientación hay que acentuar que la asunción de los paradigmas de buen gobierno facilita la despersonalización y profesionalización del órgano de administración. La gestión profesionalizada deriva de un buen gobierno corporativo. También derivan de él unos estrictos deberes de información inicial y posterior, periódica y puntual, a los que vienen obligadas las sociedades cotizadas para el correcto funcionamiento del mercado de valores.

“Los principios básicos que inspiran la necesidad de buen gobierno corporativo son en el fondo de aplicación general, con independencia del tamaño de la empresa y de la forma de estructurar jurídicamente la propiedad y la gestión”⁴⁶. Las transcritas son palabras (que suscribimos)⁴⁷ de los principios de buen gobierno corporativo de las sociedades no cotizadas del IC-A⁴⁸. La implementación de estos principios que plantea el IC-A es gradual, con tres fases acumulativas que permiten alcanzar distintos niveles de profesionalización de la gestión en la sociedad cuyos valores no negocian en un mer-

44 Esta posibilidad se comentaría antes que nosotros por: *idem*.

45 *Ídem*.

46 Extraído de la página 7 de los principios de buen gobierno corporativo para las sociedades no cotizadas.

47 Como las suscribimos en: GARCÍA MANDALONIZ, M.: “Gobierno corporativo de la sociedad no cotizada...”, op. cit., de donde extraemos los siguientes párrafos.

48 Su última versión es de marzo de 2017.

cado bursátil. Como si de un traje a medida se tratara, cada sociedad no cotizada que voluntariamente decide la adhesión a estos principios del IC-A es la que libremente decide hasta qué fase y a qué ritmo asciende por la escalera del gobierno corporativo hacia la profesionalización de su gestión interna⁴⁹.

En la primera fase, el primer peldaño es un primer paso hacia esa profesionalización. En ese inicial peldaño se incorporarían profesionales a un comité de dirección. Al tiempo, podrá constituirse un consejo asesor, integrado por externos independientes no propietarios ni gestores, que actuaría de conformidad con las líneas que se plantean al consejo de administración. Este inicial escalón es compatible con una estructura unipersonal del órgano de administración, tan habitual entre las sociedades no cotizadas de dimensión empresarial reducida, sobre todo, durante sus primeros años de vida⁵⁰. No implica un consejo de administración sino un consejo asesor, “germen” de aquél⁵¹.

Quien se disponga a ascender hasta el segundo escalón de la primera fase será quien establezca un consejo de administración, sin perjuicio e, incluso, con la recomendación del mantenimiento del consejo asesor. En este punto de la escalera, el consejo de administración normalmente se compondrá de socios y altos ejecutivos (socios o no). El número de consejeros se determinará por el tamaño de la sociedad⁵². Sus funciones mínimas están predeterminadas: exigencia de auditoría externa de las cuentas anuales, de un lado; y, de otro, rendición transparente y regular de las cuentas anuales a los socios.

El salto a la segunda fase entraña “el mayor cambio interno en materia de gobierno corporativo”⁵³. En ella al consejo de administración, compuesto por socios y ejecutivos, se irán incorporando consejeros externos profesionales independientes que estarán sujetos a un estatuto propio del consejero. Las reglas para la elección y la remuneración, así como para la composición y el funcionamiento del consejo, quedarán detalladas en un reglamento. Su elaboración resulta necesaria en este momento, siendo facultativa su aprobación por la junta general⁵⁴. No existen aún comisiones del consejo. Por ello, el consejo en pleno asume las funciones que en la siguiente fase corresponderían a las comisiones de auditoría, remuneración y nombramientos.

49 Conforme se avanza en la página 3 y se desarrolla en las páginas 11 y siguientes.

50 Tal y como recuerdan estos principios en su página 12.

51 Página 13.

52 En el texto del subapartado I.1.4 de la página 13, donde se recomienda entre un mínimo de cinco y un máximo de diez consejeros.

53 Apartado I.2, página 16.

54 Subepígrafe I.2.1, página 16.

De llegar a la tercera fase, las aludidas comisiones internas del consejo –compuestas en exclusiva por consejeros externos no ejecutivos y con una mayoría de consejeros externos independientes– se constituirán (primero la de auditoría), asumiendo un rol esencial. La evaluación periódica de tales comisiones, del consejo de administración y de sus miembros será clave. También lo será la separación en distintas personas de los cargos de presidente y primer ejecutivo del consejo, quienes tendrán distintas funciones y responsabilidades. Una vez completada esta última fase, la sociedad no cotizada podrá presumir de haber alcanzado los estándares más avanzados y exigentes que para ellas fijan esos principios de buen gobierno corporativo de las sociedades no cotizadas que plantea el IC-A⁵⁵. Una vez cumplida la tercera fase, la sociedad no cotizada sería capaz de convertirse en sociedad cotizada, de reunir las restantes exigencias legales para cotizar sus valores⁵⁶.

Sea cotizada, sea sin cotizar –y en las no cotizadas reiteramos que concentramos la atención de esta investigación–, la descentralización del poder y de la confianza que traería consigo la tecnología *blockchain* podría afectar al órgano de administración. La afectación podría ser en la diligencia y en la responsabilidad: más y mejor información, más obligación de hacer uso de ella⁵⁷. También y, sobre todo, en el estatus⁵⁸. Podría cambiar el modelo de organización de la gestión. La gestión podría no depender de un órgano central, el órgano de administración, si la gestión estuviera descentralizada. Pudiera no haber un órgano de gestión centralizado sino descentralización de la gestión. Sería, en tal caso, una gestión no jerárquica, una gestión sin un órgano de administración. Sería, por ende, una gestión en la que no habría necesidad de escalar en la sociedad no cotizada hacia el consejo de administración. Se desmoronaría aquella escalera que peldaño a peldaño, fase a fase, construye el IC-A en aquellos principios del buen gobierno de las sociedades no cotizadas que han sido descritos. No habría necesidad de escalar desde un comité de dirección y un consejo asesor hasta un consejo de administración si no hubiera necesidad de este consejo, por no estar ante una organización clásica centralizada, sino ante una organización distribuida y gestionada por

55 De acuerdo con lo indicado en la página 18.

56 En palabras redactadas en la página 12 de estos principios de buen gobierno corporativo para las empresas no cotizadas.

57 Como así ha advertida la doctrina y, en concreto, NAVARRO LÉRIDA, M.^a S.: “El poder de decisión...”, op. cit., p. 302.

58 *Ídem*.

completo a través de *smart contracts* en una cadena de bloques. Habría en este supuesto transformado una gobernanza corporativa descentralizada, distribuida⁵⁹ y automatizada.

La transformación, no obstante, pudiera no ser total. La total haría mutar la centralización por la descentralización del poder⁶⁰ y la gestión. En vez de esta mutación de la centralización por la descentralización –propia de la organización corporativa autónoma descentralizada o DAO–, pudiera interesar avanzar en un paso intermedio por medio de la convivencia entre la centralización y la descentralización en una organización corporativa “convencional” (no autónoma) que haga uso de un registro distribuido para la mejora de la gestión interna. En una organización autónoma descentralizada no hay necesidad de un órgano encargado de la gestión y ejecución de la voluntad social, en tanto la (auto)gestión y la ejecución de las decisiones y operaciones se hacen sin intervención ni supervisión humana de manera automatizada a través de *smart contracts*. Pero, una organización tradicional, por no ser autónoma ni descentralizada, pudiera decidir combinar la centralización con la descentralización, sin llegar a una automatización plena que prescindiera de la intervención del ser humano en la administración. Ese prescindir, para automatizar, no resulta hoy una práctica recurrente ni extendida. No obstante, quizás alguna *start-up* pudiera sopesar si avanzar hacia aquella descentralización total en la gobernanza societaria. Ahora bien, en tal caso, habría de contar con los riesgos de no cumplir con la legislación vigente en caso de no implementar un órgano de administración. De no haber un órgano de administración, como podría no haberlo de ser la gestión totalmente descentralizada, se estaría incumpliendo, en efecto, la ley de sociedades de capital, en todo lo que rige a este órgano de gestión y representación de la sociedad.

No se incumpliría, en cambio, la legislación con una combinación entre lo humano y lo virtual. Con la combinación podría lograrse una mejor ejecución de los acuerdos adoptados. Se reducirían los espacios para la manipulación de los resultados de la votación⁶¹, esto es, de los acuerdos societarios adoptados y, en consecuencia, de su ejecución. La reducción de la manipulación sería una consecuencia de la imposibilidad de borrar o alterar, por la precisión y la transparencia de la precisión que permite esta tecnología de la cadena

59 A la “*filosofía de gobernanza descentralizada*” hay referencias en: *ibidem*, p. 303.

60 La idea del “*poder descentralizado*” se refleja, por ejemplo, en: *ídem*.

61 Vid. NAVARRO LÉRIDA, M.^a S.: “El poder de decisión...”, *op. cit.*, p. 298

de bloques⁶². Por la transparencia y por la seguridad basada en la integridad minorarían también los oportunismos y los conflictos de intereses⁶³ o, al menos, estos serían más fácilmente identificables y controlables a través de la informática⁶⁴. La consecuencia de minorar los conflictos sería la mejora del buen gobierno.

4. Hacia una mejor gobernanza corporativa: descentralizada y distribuida

El buen gobierno no puede ser entendido como un fin en sí mismo sino como un medio⁶⁵. Es un medio para evitar el abuso del poder, para hacer un adecuado reparto de competencias, para prevenir los conflictos de intereses y la falta de diligencia de los administradores, y para fomentar el interés y la participación de los socios. La voluntaria adopción por parte de la sociedad no cotizada –con independencia de la forma jurídico-societaria y de la talla y la fase empresarial en la que se halle– de los criterios de buen gobierno, relativos a las estructuras de propiedad y administración y al funcionamiento de la junta general, es positiva desde un punto de vista estratégico por conllevar una mejora de la eficiencia. Su voluntaria asunción podría posibilitar el crecimiento productivo y competitivo gracias al reforzamiento de la transparencia, la confianza y la seguridad que van implícitas en estos estándares de generalizado reconocimiento en la órbita nacional e internacional⁶⁶.

La mejor garantía de continuidad y crecimiento empresarial (a través de la apertura a recursos externos o a nuevos socios) y la profesionalización de la gestión son los incentivos que destacara *ecoDa* (como confederación europea de las asociaciones de directivos) en sus respuestas al Libro Verde sobre la

62 *Ídem*.

63 En *ibidem*, p, 288 se afirmó “cómo los conflictos de intereses que se dan en su seno [de la sociedad] encuentran un nuevo modo de aprehenderse en la cadena de bloques”.

64 El apartado IV del artículo doctrinal escrito por NAVARRO LÉRIDA, M.^a S.: “Gobierno corporativo, blockchain...”, op. cit., se rubrica, en este sentido: “Creando una sociedad autónoma: la gestión del conflicto de intereses a través de un programa informático”.

65 En el recordatorio que contienen los lineamientos para un Código andino de gobierno corporativo en su página 11.

66 Siguiendo de cerca los comentarios vertidos en: HIERRO ANIBARRO, S.; ZABALETA DÍAZ, M.: “Buen gobierno de la PYME...”, op. cit., p. 238.

normativa de gobierno corporativo en la UE⁶⁷. El incremento de la profesionalización en el proceso de toma de decisiones y de rendición de cuentas, la reducción de los conflictos de interés, la información a los inversores, la maximización de la producción de valor, y el avance en la supervivencia empresarial son los que desde aquí quisiéramos enfatizar⁶⁸. Para el Comité Económico y Social Europeo⁶⁹ el principal objetivo de las reglas de gobierno es garantizar que la compañía pueda sobrevivir y prosperar. Para el presidente de *ecoDa*, en las palabras que preceden al “*Corporate Governance Guidance and Principles*”, el buen gobierno es de utilidad para promover la sostenibilidad de cualquier sociedad no cotizada y para la atracción de fondos hacia sí⁷⁰.

El buen gobierno contribuye al incremento del valor empresarial, a la evitación de disputas, a la reducción del riesgo y al aumento de la confianza inversora, y puede contribuir a la mejora de la financiación y, por ello, a la estabilidad y sostenibilidad empresarial. En efecto, puede haber una mejor estructura empresarial financiera con la adopción de estructuras de buena gobernanza, por el reforzamiento del control de la gestión, la optimización y la revitalización de la junta y la correspondiente generación de información hacia el interior y el exterior. Porque estas contribuciones al buen gobierno pueden verse facilitadas e incrementadas con el uso de *blockchain* aplaudimos inicialmente su utilización. Porque el *blockchain* encuentra múltiples funcionalidades y potencialidades también en el ámbito organizativo interno, fundamentalmente en el proceso de conformación de la voluntad soberana,

67 En su página 3.

68 Antes los enfatizamos en: GARCÍA MANDALONIZ, M.: “Gobierno corporativo de la sociedad no cotizada...”, op. cit., en la nota a pie de página nº 491 y su correspondiente texto principal. También las destacaría ÁLVAREZ-VIJANDE, J. (como director ejecutivo del IC-A y consejero y presidente honorífico de *EcoDa*) en entrevista publicada en extracto en: CARAZO, J.: “El gobierno corporativo...”, op. cit.

69 En el Dictamen sobre el Libro Verde “El gobierno corporativo en las entidades financieras y las políticas de remuneración”, p. 14. En análoga dirección, entre otros muchos, CAÑIBANO CALVO, L.: “Información financiera y gobierno...”, op. cit., p. 201, sostendría que “*unas empresas bien gestionadas que cuenten con sólidas prácticas de gobierno empresarial obtienen mejores resultados que sus competidoras*”, por lo que –añadimos– aumentan sus posibilidades de sobrevivir en el mercado.

70 Vid. ÁLVAREZ-VIJANDE, J.: “Foreword”, en ECODA, *Corporate Governance Guidance and Principles for Unlisted Companies in Europe. An initiative of ecoDa*, March 2010, p. 6: “*Unlisted companies [...] can extract [...] useful guidelines to promote their sustainability, to bring external parties to their boards [and] to attract funds*”.

aunque también en el de ejecución de esa voluntad, apremiaríamos su promoción en el seno de las sociedades mercantiles, también en el de las no cotizadas.

Con la tecnología, en general, y con la tecnología DLT, en particular, pueden caminar las sociedades mercantiles hacia otro tipo ¿mejor? de gobernanza corporativa. Una gobernanza corporativa por completo *blockchainizada* es una “criptogobernanza”⁷¹, esto es, una gobernanza descentralizada o desapoderada y distribuida. La descentralización, el desapoderamiento y la distribución conducen al autogobierno sin coordinación central o centralizada por parte de un órgano de administración que desaparecería por resultar innecesario, por no otorgar valor añadido⁷². La tecnología de la cadena de bloques abriría paso a un nuevo modelo de gobierno corporativo desligado del órgano de administración. La desaparición de este órgano y de la intervención humana en la gestión sería en un estadio máximo de *blockchainización* de la gobernanza (participativa). En uno intermedio, para poder y saber cumplir con las reglas jurídicas que dispone respecto al órgano de administración la ley de sociedades de capital, tendrían que estar identificadas una o varias personas, físicas o jurídicas (aunque solo serán personas físicas los consejeros de las cotizadas, según el Proyecto de Ley de reforma de la LSC para la implicación a largo plazo de los accionistas), socios o no socios, como miembros de un órgano de gestión y representación de la sociedad, que habría de subsistir para no incurrir en oposición con la vigente legislación⁷³. Lo que la tecnología permite, la legislación lo prohíbe.

Descentralizada y distribuida en su máximo potencial es la gobernanza de las DAO. En las DAO los titulares de los *tokens* establecen las reglas básicas del gobierno mediante una “participación comunitaria”⁷⁴. La comunidad propietaria de los *tokens* participa y decide, generalmente, por consenso⁷⁵. Esas

71 Empleando la expresión utilizada por: GARCÍA MEXÍA, P.: “Del ciberderecho al criptoderecho...”, op. cit., pp. 120 y ss.

72 Tomando algunas de las ideas que de ATZORI, M.: “Blockchain technology and decentralized governance: is the State still necessary?”, *SSRN*, December 1, 2015, p. 15, se citaron en: *ibidem*, p. 121.

73 Como así se recalca en: MENÉNDEZ ARIAS, M.^a J.; RODRÍGUEZ GARCÍA, T.; ALCAIDE SOLER, F.: “Blockchain y derecho societario...”, op. cit., pp. 502-503.

74 En expresión de: PARRANDO, L.: “Tecnología blockchain...”, op. cit., p. 27.

75 El principio general es “*un token, un voto*”, aunque podría decidirse “*tokens cualificados*”, conforme recuerdan: MENÉNDEZ ARIAS, M.^a J.; RODRÍGUEZ GARCÍA, T.; ALCAIDE SOLER, F.: “Blockchain y derecho societario...”, op. cit., p. 500.

decisiones consensuadas se ejecutan en estas empresas (*rectius*, ¿sociedades sin personalidad jurídica?⁷⁶) de manera automática por medio de los contratos inteligentes⁷⁷. Por ello, ha sido definida⁷⁸ la DAO como “un contrato inteligente complejo que da origen a una organización digital [...], en la que las decisiones se toman de forma descentralizada y [...] se ejecutan de forma automática, transparente y sin necesidad de intervención humana”.

En efecto, la intervención humana en la gestión se elimina y sustituye por la automatización de los procesos de gestión a través de los *smart contracts*. La inteligencia humana es reemplazada, en definitiva, por la “inteligencia contractual”. Aunque adjetivados los *smart contracts* con el calificativo de “inteligentes”, son muchos quienes ponen en duda tanto su naturaleza contractual como su “coeficiente intelectual”⁷⁹: ni serían contratos, sino ejecución (automática) de contratos; ni serían inteligentes, sino meras órdenes básicas previamente determinadas⁸⁰. Por ello, mejor que denominarlos como “con-

76 NAVARRO LÉRIDA, M.^a S.: “Gobierno corporativo, *blockchain*...”, op. cit., conceptualizaría a la “DAO” como “una sociedad, aunque sin personalidad jurídica por el momento”. El dato de que está “sin personalidad jurídica por el momento” también lo reflejaría: GALLEGU LANAU, M.: “La aplicación de la tecnología de registro distribuido...”, op. cit.

77 Vid., *ad ex.*, GALLEGU LANAU, M.: “La aplicación de la tecnología de registro distribuido...”, op. cit. También, MENÉNDEZ ARIAS, M.^a J.; RODRÍGUEZ GARCÍA, T.; ALCAIDE SOLER, F.: “*Blockchain* y derecho societario...”, op. cit., pp. 491-492.

78 En la definición que aporta PARRANDO, L.: “Tecnología *blockchain*...”, op. cit., p. 13.

79 Como recordara: PLAZA LÓPEZ, J. A.: “Los “*smart contracts*” no son tan perfectos como nos han vendido”, *El País Retina*, 11 marzo 2018, “en casi todos los encuentros sobre *blockchain* sale a relucir el chascarrillo que va camino de convertirse en tópico: “Los contratos inteligentes ni son contratos ni son inteligentes””. También en GARCÍA MEXÍA, P.: “Del ciberderecho al criptoderecho...”, op. cit., pp. 97-98, se remarca “la inadecuación del término “*smart*”; citando a: WERBACH, K. D.; CORNELL, N.: “Contracts ex machina”, *Duke Law Journal*, n^o 67, 2007, pp. 368-369.

80 Vid. GARCÍA MEXÍA, P.: “Del ciberderecho al criptoderecho...”, op. cit. Asimismo, léase: ESTALLO PUYUELO, G.; TOBAJAS VINUESA, P.: “*Blockchain 2.0 – smart contract*: ¿contratos inteligentes?”, *El Derecho.com*, 4 agosto 2017, donde plantean la cuestión de si jurídicamente son contratos (de adhesión), al tiempo que cuestionan su inteligencia. Así tuvimos ocasión de indicarlo con anterioridad en: GARCÍA MANDALONIZ, M.: “Derecho de seguros 4.0”, *Revista Española de Derecho de Seguros*, n^o 177, 2019, pp. 7-34.

tratos inteligentes” sería designarlos como “criptocontratos”⁸¹. Con independencia de la denominación empleada, cabe destacar que, como programas informáticos automáticos, autoejecutables y autoaplicables⁸², cuando se cumplen las condiciones que han sido programadas en su código, tienen capacidad de cumplimiento automático y autónomo⁸³.

En un estadio más avanzado y futuro, si la automatización y la autonomía llegasen algún día a ser plenas en una organización autónoma descentralizada, habría independencia de sus miembros y capacidad de actuación por sí misma, previo aprendizaje bajo los códigos informáticos. En ese estadio más avanzado, la DAO estaría dotada de inteligencia artificial o IA⁸⁴. La incorporación de la inteligencia artificial a los procesos decisorios permitiría dar respuesta y decisión a situaciones no reflejadas previamente en el código de programación del contrato inteligente⁸⁵. Más que ante un contrato inteligente, estaríamos ante una “empresa inteligente” que aprendería y actuaría sin la intervención ni la decisión de los propietarios de los *tokens*. Habría, en este supuesto avanzado, “autoorganicismo”, pero no porque fuesen sus usuarios quienes establecieran las reglas de gobierno de esta entidad autónoma ejecutadas mediante un compendio de contratos inteligentes, sino porque ella misma, gracias a dicha autonomía plena procedente de aquella inteligencia artificial, se (auto)gobernaría.

Aun sin haberse alcanzado aún ese estadio tan adelantado que va unido a la inteligencia artificial, en defensa de la gobernanza descentralizada propia de las DAO se alcanzan la participación en comunidad, el consenso y el anonimato en la toma de decisiones; la minoración de los costes de la ejecución⁸⁶,

81 En la denominación que empleara: GARCÍA MEXÍA, P.: “Del ciberderecho al criptoderecho...”, op. cit., p. 97.

82 La auto-ejecución y la auto-aplicación se indicaría, verbigracia, en: *ibidem*, p. 98; citando, de nuevo, a: WERBACH, K. D.; CORNELL, N.: “Contracts...”, op. cit., p. 320.

83 Como indicábamos también en: GARCÍA MANDALONIZ, M.: “Derecho de seguros 4.0...”, op. cit.

84 Vid. MONTANARO, N.: “Corporaciones autónomas descentralizadas. Parte II”, *Medium.com*, 21 noviembre 2019.

85 A esta situación y a un ejemplo de incorporación de un sistema de inteligencia artificial en una compañía finlandesa (Tieto) se referirían: MENÉNDEZ ARIAS, M.^a J.; RODRÍGUEZ GARCÍA, T.; ALCAIDE SOLER, F.: “Blockchain y derecho societario...”, op. cit., p. 501. Más información en la siguiente noticia: <https://www.bing.com/profile/history?FORM=EDGEHS> (última consulta: 1 septiembre 2020).

86 En PARRANDO, L.: “Tecnología blockchain...”, op. cit., p. 27, se destacaron como

al carecer de gestores; o la evitación de los comportamientos oportunistas y de los conflictos de interés, al no existir injerencia humana en la ejecución de las decisiones. Destaquemos aquí la ventaja de la reducción o, incluso, la desaparición de los costes “explícitos e implícitos”⁸⁷ que la gestión societaria supone a la sociedad si se descartara a los administradores, por el ahorro de los costes de su contratación, a modo de una remuneración que, en ocasiones, ha sido desorbitada basándose en los resultados empresariales a corto plazo.

Como contrapeso a esas ventajas, en contra del nuevo modelo de gobierno descentralizado han sido citadas⁸⁸ las posibilidades de cometer errores en la programación del código o de establecer en la programación un código incompleto. Aunque pudieran preverse fórmulas para que los usuarios pudiesen completar códigos incompletos⁸⁹, estos riesgos derivados de un gobierno automatizado no pueden minusvalorarse. En contra de la descentralización de la gobernanza estaría también la dificultad de la participación de la comunidad, en tanto esa participación para la votación y, en suma, para la toma de decisión “requiere tiempo y energía para considerar propuestas”⁹⁰. Derivada de esa dificultad y coste para asimilar a tiempo la información, en contra de la “criptogobernanza” la doctrina ha descrito la amenaza de la creación de “cripto-oligarquías”⁹¹. Serían tecnócratas, mineros o desarrolladores de códigos que se alzarían con una “posición privilegiada”⁹². Serían los nuevos gestores frente al resto de miembros titulares de *tokens* de menor cualificación tecnológica y con menores recursos o tiempos para informarse y votar. Serían aquellos propietarios de “*tokens* cualificados” quienes podrían romper la re-

“grandes pilares” “la simplicidad en las decisiones, el anonimato, la seguridad y la reducción de costes”, además de la innovación y la profesionalidad, “al basar las decisiones en el valor de los proyectos y no en el interés de los individuos y sus luchas de poder”.

87 En adjetivos de ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: ¿Una revolución...?, op. cit., quien calificara esos costes de la gestión societaria de una SL o de una SA como “una pequeña pesadilla de costes no irrelevantes”.

88 Por ejemplo, en: MENÉNDEZ ARIAS, M.^a J.; RODRÍGUEZ GARCÍA, T.; ALCAIDE SOLER, F.: “*Blockchain* y derecho societario...”, op. cit., pp. 525 y 526.

89 Como se desarrolla, con ejemplos, en: *ídem*.

90 Citado *supra* en la nota a pie de página nº 21 de este capítulo. En sentido análogo, en: MENÉNDEZ ARIAS, M.^a J.; RODRÍGUEZ GARCÍA, T.; ALCAIDE SOLER, F.: “*Blockchain* y derecho societario...”, op. cit., p. 525.

91 En expresión apuntada por: GARCÍA MEXÍA, P.: “Del ciberderecho al criptoderecho...”, op. cit., p. 120.

92 *Ídem*; citando a: ATZORI, M.: “*Blockchain* technology...”, op. cit., p. 27.

gla democrática en la toma de decisiones de “un token, un voto”⁹³. También en contra quisiéramos reafirmar que aquella “criptogobernanza”, ínsita en la DAO, haría desaparecer el papel del administrador, que podría ser mutado por el de los *tokenholders* cualificados. Pero, para que fuese posible (*rectius*, legal) que una sociedad mercantil convencional empleara la cadena de bloques para gobernarse habría de dejar subsistente el órgano de administración para adaptarse a la legislación vigente⁹⁴, salvo que algún día la normativa se modificase para adaptarse a esta cadena que técnicamente no precisa de gestores.

Las DAO no han de ser (o no han de ser necesariamente) la meta final a alcanzar en el camino que conduce hacia la digitalización de las sociedades mercantiles. No han sido tampoco ni el inicio ni el fin de nuestro trabajo de investigación. En él el discurso ha tratado de discurrir hacia el compendio de la digitalización y la simplificación, sin llegar a la autonomía que caracteriza a las DAO. Pero, estén más o menos automatizadas las reglas del gobierno, eliminando (en el caso de las DAO) o (en el caso de las sociedades tradicionales que integren *blockchain*) compatibilizando lo humano con lo virtual, el desafío del legislador se intuye grande. Más grande es cuando es una DAO que cuando es una “sociedad convencional” que emplea *blockchain* para su gobernanza, pero que mantiene la figura del administrador. Pero, para uno u otro supuesto, el legislador debe afrontar los riesgos (“operativos y funcionales”)⁹⁵ de la (mayor o menor) automatización de la gestión y del gobierno corporativo para la dotación de seguridad jurídica. “De la apremiante necesidad de que el legislador dote de un plus de seguridad jurídica a la actividad automatizada [...] desarrollada en la cadena de bloques” hablaría IBÁÑEZ JIMÉNEZ⁹⁶, quien precisaría⁹⁷ que “será preciso afrontar con solvencia los formidables retos jurídicos que plantea el gobierno societario automatizado”.

93 Vid. MENÉNDEZ ARIAS, M.^a J.; RODRÍGUEZ GARCÍA, T.; ALCAIDE SOLER, F.: “*Blockchain* y derecho societario...”, op. cit., p. 500, también en p. 525.

94 Vid. *supra* la nota a pie de página nº 73 de este capítulo. También, en sentido similar, en: *idem*, pp. 525-526, con cita a: DE FILIPPI, P.; WRIGHT, A.: *Blockchain and the law: the rule of code*, Massachusetts: Harvard University Press, 2018.

95 Que apunta y ejemplifica IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W.: *Blockchain...*, op. cit., p. 173.

96 En: *ibidem*, p. 36.

97 En la p. 173.

CONCLUSIÓN, A MODO DE REFLEXIÓN:
UNA PROPUESTA DE REFORMA DE LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA
FACILITADORA DEL ECOSISTEMA EMPRENDEDOR
EN LA ERA DIGITAL

Lejos de ser ciencia-ficción, la inteligencia artificial forma ya parte de nuestras vidas.

Iniciativa Europea sobre la Inteligencia Artificial, de 25 de abril de 2018, p. 1.

Llega el momento de la conclusión. Más que una conclusión es una reflexión. Una reflexión final que, más que resumir y reincidir en los ejes que han vertebrado el presente trabajo de investigación, promueva desde esos cimientos otros planteamientos para futuras investigaciones propias o ajenas.

Lo avanzábamos en la introducción y lo recalcamos en esta conclusión, a modo de reflexión: este estudio ha tenido un carácter recopilatorio. Ha sido recopilación y reestructuración de publicaciones propias anteriores que, en unas ocasiones, estaban enlazadas y, en otras, desenlazadas, pero que aquí han tratado de hallar coordinación y actualización a través de la digitalización y la simplificación societaria. La intención última de esta compilación de publicaciones propias que antes corrían paralelas y ahora aunadas ha sido ensalzar la conveniencia de revisar la legislación societaria para simplificarla, flexibilizarla y digitalizarla.

Buscábamos desde la introducción un derecho no restrictivo sino impulsivo. Rebuscábamos un derecho que tuviera un efecto palanca del emprendimiento innovador, también inclusivo, también social. La motivación principal de esta publicación de recopilación ha sido diseñar una hoja de ruta para apoyar con una legislación simplificada y digitalizada a los emprendedores en el lanzamiento, el mantenimiento y el crecimiento de sus proyectos innovadores, también tecnológicos, también sociales, en un entorno económico siempre lleno de incertidumbre y en estos momentos de crisis sanitaria y económica con una incertidumbre incrementada.

Comentaría la profesora NAVARRO LÉRIDA¹ que: “la regulación, por sus tiempos y su naturaleza, tiene un cierto carácter inhibitor de la innovación

¹ Vid. NAVARRO LÉRIDA, M.^a S.: “El poder de decisión...”, op. cit., p. 288) (también en: “Gobierno corporativo, *blockchain* y *smart contracts*...”, op. cit.).

y la posibilidad de nuevos espacios empresariales y económicos. Pero es necesaria”. Sin duda, la regulación es necesaria. La duda es que la regulación haya de tener por sí un “carácter inhibitor”. Que tradicionalmente haya sido inhibitora no significa que lo haya de seguir siendo. De inhibitora habría de pasar a ser incentivadora. Nuestra propuesta es tratar de contribuir a que, en vez de tener un “carácter inhibitor” de la innovación, goce de un carácter estimulador del espíritu emprendedor innovador. Se plantea la conveniencia de que haya una regulación innovadora para estimular la innovación empresarial dentro de un ecosistema innovador, inclusivo y sostenible. Para ese planteamiento hay que derribar las trabas regulatorias innecesarias y resguardar las garantías y las tutelas necesarias. Con esos derribos y resguardos hemos intentado proponer un derecho societario mercantil simplificado y digitalizado para apoyar su adecuación al entorno tecnológico en un período de honda transformación económica, social y digital, como el acaecido con la COVID-19.

Para esa propuesta hemos tomado como guía iniciativas regulatorias nacionales, extranjeras, europeas e internacionales. Con esa guía hemos deliberado en torno al impacto actual y futuro de la tecnología en nuestro derecho societario. Ha habido cavilaciones conducentes a un derecho societario más digitalizado y, a la vez, más simplificado para intentar lograr su adecuación a un entorno económico mutado por las tecnologías, también por las emergentes y disruptivas.

Ante un nuevo escenario tecnológico surgen nuevos desafíos jurídicos, no solo pero también desde el campo mercantil societario que aquí ha copado el centro principal (no único) de nuestra atención. Si el derecho societario estuviera bien adaptado y atento a ese escenario se contribuiría y profundizaría en el avance de lo que, desde finales de la década de los años noventa, viene calificándose por la doctrina como el “derecho societario electrónico”². Varias décadas después podría calificarse como un “derecho de sociedades 4.0” o como un “criptoderecho de sociedades”³.

No obstante, habría que cuestionar la conveniencia (o no) de nuevos calificativos. Más allá de añadir (o no) adjetivos, quizás sea cierto que “todavía

2 A finales de la década de los años noventa se empleaba esta expresión en el título y en la segunda parte de esta monografía del profesor argentino CARLINO, B. P.: *Firma digital...*, op. cit., 223 pp.

3 Especificando la expresión utilizada en la siguiente obra colectiva: GARCÍA MEXÍA, P.: *Criptoderecho...*, op. cit., 615 pp.

estamos en una fase inicial de entendimiento fáctico de lo digital para poder hacer su traslación al ámbito normativo”, como entendiera ALONSO UREBA⁴. Pero, también lo es –como siguiera entendiendo este profesor⁵– que se está produciendo “una situación que es recurrente en épocas de cambios sustanciales en la realidad socioeconómica: inadecuación de normas existentes, gran número de lagunas [...] y todo ello con los consiguientes problemas de aplicación práctica”. Recordando este profesor las enseñanzas del maestro GIRÓN TENA, resaltaba la perspectiva histórico-evolutiva del concepto de derecho mercantil. En ese recordatorio, insistía en el “derecho mercantil y los nuevos hechos”⁶.

Unos nuevos hechos procedentes de un nuevo marco tecnológico, como nuevo paradigma que afecta al entorno jurídico⁷. Ante un nuevo e imparable marco tecnológico ha de pensarse si conviene mutar y, en su caso, cómo mutar la normativa para la mejor adaptación a la constante evolución de un entorno económico-empresarial cada día más digital. En ese pensamiento somos de la opinión que durante la tercera década del segundo milenio no debiera desatenderse ni retardarse el reto de adoptar un enfoque innovador en el terreno jurídico-privado societario para el acomodo al adelanto tecnológico. Habrían de abordarse cambios normativos por y para los cambios tecnológicos. El impacto de la tecnología en la empresa es real. También lo es el desfase de la normativa a la tecnología. Ese desfase multiplica las inadecuaciones y las interpretaciones. Ante el desfase, aparecen las iniciales cuestiones en torno a cuándo habrían de hacerse y cuáles habrían de ser los cambios normativos.

Respondemos al cuándo: cuánto antes. Indicaría NAVARRO LÉRIDA⁸:

4 Vid. ALONSO UREBA, A.: “Presentación”, en MUÑOZ PÉREZ, A. F. (dir.): *Revolución digital, derecho mercantil y token economía*, Madrid: Tecnos, 2019, p. 26.

5 *Ibidem*, pp. 28-29.

6 *Ibidem*, p. 23; refiriéndose al maestro J. GIRÓN TENA.

7 *Ídem*.

8 Vid. NAVARRO LÉRIDA, M.^a S.: “El poder de decisión...”, op. cit., p. 287) (también en: “Gobierno corporativo, *blockchain* y *smart contracts*...”, op. cit.); con cita a: WALCH, A.: “The path of the blockchain lexicon (and the Law)”, 36 *Review of Banking & Financial Law* 713, March 24, 2017, p. 717, quien escribiría: “*The regulatory dilemmas include the classic one when approaching innovative technologies or practices: finding just the right moment to regulate, such that regulation is available immediately when people need to be protected and to have guidance in how to structure their businesses, but not so early that regulation inappropriately inhibits innovation and the possibility*

“que estamos en un momento en el que el regulador se halla en un dilema [...]. Dilema normativo que aparece de manera explícita cuando de regular tecnologías o prácticas innovadoras se trata y que coloca al legislador en un complicado equilibrio: encontrar el momento justo para regular, de modo que la regulación esté disponible de inmediato cuando los operadores necesitan protección y tener seguridad sobre cómo implementar esa regulación de manera satisfactoria para sus intereses, pero no tan pronto como sea posible, si esa celeridad provoca un marco de inseguridad”. Tras estas palabras que aluden al “problema del ritmo” en la regulación de la innovación⁹, precisemos nuestra respuesta al cuándo: cuánto antes, con celeridad y seguridad.

La respuesta acerca de cuáles habrían de ser los cambios normativos debería hallar más precisiones o concreciones. Varias han sido las perspectivas y las materias exploradas a lo largo de esta investigación. Las exploradas han discurrido por la simplificación, la flexibilización, la innovación y la digitalización en la configuración, la constitución y la organización de la sociedad mercantil. Variados han sido los temas que han quedado aquí por explorar, pero que han sido explorados o están explorándose por organizaciones internacionales como la CNUDMI. Entre ellos, de un lado, la simplificación en el momento de la disolución y la liquidación de la sociedad mercantil o de la transformación o reestructuración¹⁰; o, de otro, las redes de cooperación entre las pymes para ganar en competitividad en la era digital¹¹. De los limitados temas que en este estudio han sido explorados, no todos han sido abordados ni con la misma calidad ni con la misma cantidad. En términos cuantitativos (puede que también cualitativos) nos ha faltado profundizar más en la digitalización del gobierno corporativo o, en las palabras de ALON-

of new jobs or industries”.

9 Alude al “*pricing problem*” WALCH, A.: “The path of the blockchain...”, op. cit., p. 717 y, en especial, en la nota a pie de página nº 9, donde cita, al respecto, a: FENWICK, M. (et al.): “Regulation tomorrow: What happens when technology is faster than the law?”, *Tilburg Univ., TILEC Discussion Paper* nº 2016-024, 2016.

10 A la transformación o reestructuración y a la disolución y liquidación de la ERL-CNUDMI aluden las páginas 43 y 44 del proyecto de guía legislativa sobre la ERL-CNUDMI (última versión de 15 de enero de 2020).

11 Hicimos referencia en el capítulo segundo de este libro al coloquio internacional que la CNUDMI celebró sobre esta materia en el mes de marzo de 2019, tomando como base la propuesta, de mayo de 2017, del Gobierno de Italia sobre las “redes contractuales” y otras “formas de organización distintas de los modelos empresariales”.

SO UREBA¹², en “el gobierno de la empresa digital”. También nos ha faltado ahondar en la “empresa digital” y en la más digitalizada de todas, esto es, en la empresa automática y autónoma.

Recalamos que no ha sido la pretensión ni inicial ni final del presente trabajo de investigación penetrar en las organizaciones que actúan con autonomía y automatización, esto es, en las DAO. Alguna anotación acerca de ellas se ha reflejado en los párrafos de los dos últimos capítulos, pero mucho más se hubiera podido reflexionar y explorar sobre ellas. Si acaso se hubiera profundizado en esa reflexión y exploración hubiéramos debido embarcarnos en los conceptos de “sociedad” y de “personalidad jurídica”. ¿En un nuevo entendimiento o, incluso, una reformulación del concepto de “sociedad” y de “personalidad jurídica” y, por ello, en general, del derecho de sociedades?¹³ Las DAO, como organizaciones autónomas, ¿pueden ser consideradas como sociedades (autónomas)? y, en ese caso, ¿como sociedades (autónomas) con o sin personalidad jurídica? Hay quien las ha definido como sociedades sin personalidad jurídica¹⁴. Hasta la fecha no tienen personalidad, pero ¿se les podría llegar a conferir esa personalidad? Como sistemas autónomos en su funcionamiento y proceso decisorio, ¿podrían llegar a ser considerados como “personas electrónicas”?

Por un nuevo estatuto para la “persona electrónica” abogó el Parlamento europeo, primero, a través de su comité de asuntos legales en un informe preliminar de 31 de mayo de 2016¹⁵; y, después, en una Resolución de 16 de febrero de 2017¹⁶. En aquel informe preliminar y en esta resolución incluyó

12 Vid. ALONSO UREBA, A.: “Presentación...”, op. cit., p. 26.

13 Propuso NAVARRO LÉRIDA, M.^a S.: “El poder de decisión...”, op. cit., pp. 288 y 291 y siguientes (también en: “Gobierno corporativo, *blockchain* y *smart contracts*...”, op. cit.) “*reflexionar sobre cómo la tecnología blockchain puede modificar el modo de entender el derecho de sociedades*”. “*Cómo alguna de las aplicaciones de esta tecnología, de la mano de los smart contracts, permiten volver al análisis del concepto de sociedad*”. Y cómo las DAO tienen “*gran interés, desde la perspectiva [...] de la reformulación del derecho de sociedades*”.

14 Definiría , M.^a S. NAVARRO LÉRIDA (en *ibidem*, p. 293) a las DAO como: “*una sociedad, aunque sin personalidad jurídica [...], descentralizada*”.

15 “*Draft Report with recommendations to the Commission on civil law rules on robotics. Committee on Legal Affairs*”. *Rapporteur*: M. DELVAUX, 31-5-2016.

16 Resolución del Parlamento europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de derecho civil sobre robótica (2015/2103 (INL)) y Anexo a la Resolución.

recomendaciones destinadas a la Comisión europea sobre normas de derecho civil sobre robótica. Entre esas recomendaciones se hallaba la creación de un estatuto de persona electrónica. Ese nuevo estatuto se pensó ante la automatización y la autonomía en la toma de decisión de los robots. Se indicó en el apartado AC de la Resolución que “la autonomía de los robots suscita la cuestión de su naturaleza y de si pertenecen a una de las categorías jurídicas existentes o si debe crearse una nueva categoría con sus propias características jurídicas”. Ante esta autonomía se sugirió¹⁷ “crear a largo plazo una personalidad jurídica específica para los robots” para que “puedan ser considerados personas electrónicas”. Abogó el Parlamento Europeo, en el párrafo 59.f) de la citada Resolución, por conferir un estatuto o personalidad jurídica para las máquinas. Indicó DELVAUX¹⁸ –como *rapporteur* del informe preliminar– que esa personalidad sería similar a la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles: con derechos, con obligaciones y con responsabilidades; aunque sin la consideración como personas virtuales y, en consecuencia, sin ser sujetos jurídicos beneficiarios de derechos humanos.

Provoca rechazo a los especialistas conferir (¿tan pronto?) “personalidad electrónica” a los robots¹⁹: si la responsabilidad es asumida por las máquinas, la responsabilidad es aludida por las personas²⁰. Se rechaza, por ejemplo, por GARCÍA MEXIA²¹ porque indica que extendería a “sistemas o ingenios artificialmente inteligentes un atributo, la propia personalidad, que es patrimonio exclusivo de la esencia humana”; aunque este autor sea consciente de que son viable “otras ficciones en el derecho, como la misma noción de personalidad jurídica” de las sociedades mercantiles.

La definición que de “robots inteligentes” otorgan las “recomendaciones respecto al contenido de la propuesta solicitada” incluidas en la citada Resolución del Parlamento europeo se integra por las siguientes características:

17 En el apartado 59.

18 *Supra* nota a pie de página n° 15.

19 Se manifestaron en contra más doscientos cincuenta y siete especialistas de catorce países en una carta enviada al presidente de la Comisión europea, según se indicó, entre otras, en la siguiente nota de prensa: RIUS, M.: “¿Urge regular ya los derechos de los robots en Europa?”, *La Vanguardia*, 17 abril 2018.

20 Por ejemplo, R. LÓPEZ DE MÁNTARAS comentó que otorgar “personalidad electrónica” a los robots era “escudarse en la máquina para que no se pueda exigir responsabilidad a las personas”; en la opinión reflejada en: *ídem*.

21 Vid. GARCÍA MEXIA, P.: “La inteligencia artificial. Una mirada desde el derecho”, *El Notario del Siglo XXI*, n° 89, enero-febrero 2020, p. 159.

“capacidad de adquirir autonomía”, “capacidad de aprender a través de la experiencia y la interacción”, “capacidad de adaptar su comportamiento y acciones al entorno”, además de por la forma de soporte físico de robot. Aun con esas capacidades, sin ese soporte físico, las DAO no serían robots. No siendo robots, para ellas no estaría pensada esa “personalidad electrónica”. Aun sin un soporte físico, comparten las DAO con los robots inteligentes esas capacidades y autonomías.

En la definición que ofreció la Comunicación de la Comisión en la iniciativa de la Unión Europea sobre la inteligencia artificial, el 25 de abril de 2018²², la “inteligencia artificial” fue entendida como aquellos “sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar su entorno y pasar de la acción –con cierto grado de autonomía– con el fin de alcanzar objetivos específicos”²³. Y estos sistemas, según sigue definiendo tal Comunicación, pueden estar en *software* o en *hardware*. Con reglas codificadas en programas informáticos y con contratos inteligentes que discurren por la tecnología *blockchain*, si las DAO “aprenden, interpretan y actúan” con autonomía se dotarían de inteligencia artificial²⁴. Serían, en acrónimo en inglés, “AI DAO”, como resultado de la combinación de la *blockchain* más la inteligencia artificial²⁵.

Para la inteligencia artificial, en general, la Comisión europea mostró, en la reseñada Comunicación, el propósito de “garantizar el establecimiento de un marco ético y jurídico apropiado”²⁶. Desde el punto de vista jurídico hay

22 Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones: Inteligencia artificial para Europa, de 25 de abril de 2018 (SWD (2018) 137 final).

23 Página 1 de la Comunicación citada *supra* en la nota a pie de página previa. En el Libro Blanco sobre la inteligencia artificial, la Comisión alude a esta definición, así como al perfeccionamiento que de tal definición hizo el grupo de expertos de alto nivel en IA (nombrado en junio de 2018) en las directrices que publicó para una IA fiable, el 8 de abril de 2019 (p. 20 y, en especial, las notas a pie de página n.º 46 y 47 del Libro Blanco).

24 Vid. MONTANARO, N.: “Corporaciones autónomas descentralizadas...”, op. cit.

25 En: MCCONAGHY, T.: “AI DAOs, and three paths to get there”, *Medium.com*, June 18, 2016, se define la “AI DAO” como “a DAO that uses AI technology. Or, it’s AI technology that’s run on a decentralized processing substrate”. Léase, además: PEREIRA, D.: “From DAOs to AI DAOs. Blockchain + AI driven organizations”, *Medium.com*, March 21, 2018. DAIN, como ejemplo de combinación de *blockchain* con inteligencia artificial, fue citado *supra* en la nota a pie de página n.º 115 de nuestro capítulo 2.

26 Páginas 4 y 16 (punto 3.3.) de la iniciativa europea sobre la IA. Respecto de la ética, interesa reseñar el documento con las siete “directrices éticas para una IA confiable”

que atender a la seguridad y la responsabilidad. Las normas sobre seguridad y responsabilidad actuales hay que examinarlas para meditar sobre su adecuación o idoneidad ante la aparición de la IA, según propone la Comisión²⁷, de cara a valorar si hay necesidad de cubrir huecos o lagunas²⁸. Más que por un marco jurídico específico, se inclina por adaptaciones al marco normativo en vigor²⁹. Pero ¿el marco jurídico debería dotar (como recomienda el Parlamento Europeo) o no (como rechazan los especialistas) de “personalidad electrónica” a los robots inteligentes y a las DAO dotadas de IA o “AI DAO”?, nos preguntamos. ¿Sería “personalidad electrónica” para los robots inteligentes, entendidos como “ciudadanos electrónicos”, y “personalidad electrónica” para las DAO dotadas de inteligencia artificial, si las entendiéramos como “empresas electrónicas”?

El grupo independiente de expertos de alto nivel en IA³⁰ –nombrado por la Comisión europea en junio de 2018–, en el informe “*Liability for artificial intelligence and other emerging digital technologies*”, de abril de 2019, no ve necesario otorgar personalidad legal a los sistemas autónomos o robots avanzados, a los efectos de la responsabilidad³¹. No entiende el otorgamiento de la personalidad electrónica como una solución para la responsabilidad por posibles daños ocasionados por los robots. En la controversia entre “personalidad electrónica sí” (por la que se decanta el Parlamento europeo) o “personalidad electrónica no” (por la que se decanta la doctrina), se posiciona el grupo independiente de expertos de alto nivel en este último sentido. Entiende que el daño causado por los sistemas tecnológicos por completo autónomos suele

que el grupo independiente de expertos de alto nivel en IA, nombrado por la Comisión europea en junio de 2018, publicó en abril de 2019. Para estos fines, en España se acaba de constituir un consejo asesor de IA como órgano consultivo para la puesta en marcha de la “estrategia nacional de inteligencia artificial”, conforme apunta la siguiente nota de prensa del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital: “El Gobierno constituye el consejo asesor de inteligencia artificial”, de 20 de julio de 2020.

27 En la página 18 de la citada iniciativa europea.

28 Página 19.

29 El Libro Blanco sobre la inteligencia artificial, de 19 de febrero de 2020, alude (en p. 16) a “*posibles adaptaciones del marco normativo en vigor de la Unión Europea con relación a la inteligencia artificial*”, en tanto “*los Estados miembros señalan la actual falta de un marco común europeo*” en la materia.

30 “*Expert Group on Liability and New Technologies – New Technologies Formation*”.

31 Página 27 del informe.

deberse a riesgos atribuibles a personas físicas o jurídicas y, aunque no sea así, indica que es preferible hacer nuevas leyes para los individuos que crear una nueva categoría de personalidad jurídica: la de la “persona electrónica”³². Se posiciona en contra porque considera que crear una personalidad electrónica conllevaría un aumento de los problemas y las cuestiones relacionadas con la ética³³. No solo la ética entraría en juego, además lo harían las cuestiones económicas. Las personas electrónicas para asumir responsabilidad y pagar, en su caso, por reclamaciones por daños, deberían tener fondos económicos y, a tal fin, adquirir activos. Los problemas legales aparecerían, de inmediato en relación con su capacidad legal y con la posibilidad de realizar transacciones económicas en el mercado³⁴.

Concordamos en que conferir en un futuro cercano esa personalidad electrónica podría derivar en un sinnúmero de cuestiones éticas y legales, de difícil resolución. No obstante, dudamos que algún día, en un futuro lejano, no haya que ir avanzando hacia el camino de otorgar personalidad cuando los sistemas autónomos proliferen y se incrementen su autonomía e inteligencia, por ser sistemas dotados de “IA fuerte” o IAF. De momento, van proliferando los sistemas de “IA débil”, fundamentada en el “análisis de macrodatos (o *big data analytics*)”, empleando algoritmos y combinando *machine learning* con *big data*³⁵. Pero, es la “IA fuerte” o “IA general”, como IA más avanzada, la que puede provocar en el futuro riesgos que en la actualidad parecen de ciencia-ficción³⁶. Para los sistemas dotados de “IA fuerte” pudiera ser viable la ficción en el derecho de otorgar personalidad electrónica³⁷. No obstante, la “IA débil” es la que prolifera en la actualidad y, por ello, aún cabe y conviene esperar.

El grupo de expertos de alto nivel en IA niega en aquel informe la necesidad de otorgar personalidad electrónica, observando la responsabilidad, sin entrar a posicionarse sobre el desarrollo futuro del derecho, tampoco del derecho

32 Página 38.

33 Asimismo, en la página 38.

34 Página 38, de nuevo.

35 Vid. GARCÍA MEXÍA, P.: “La inteligencia artificial...”, p. 156.

36 Aunque tampoco los riesgos de los algoritmos derivados de la “IA débil” sean nada desdeñables, como bien puntualizara GARCÍA MEXÍA, en *idem*.

37 Traigamos a colación un ejemplo de plataforma que combina la IA y *blockchain* (“*blockchain-based artificial intelligence*”): DAIN (*Decentralized Artificial Intelligence Network*): <https://dain.ai/> (última consulta: 1 septiembre 2020).

de sociedades³⁸. Es desde el derecho de sociedades desde el que nosotros nos quisiéramos posicionar. Con personalidad (¿electrónica?) o sin ella, ¿las DAO y las “AI DAO” requerirán una disciplina jurídica autónoma? Quizás sirviera la reforma del derecho de sociedades. Quizás, no obstante, el derecho de sociedades hubiera de ser no solo reformado sino completamente transformado. Con la extensión de la implantación de las DAO parece que no habría una reformulación, más o menos progresiva, más o menos rompedora, sino una revolución del derecho societario. Como pronosticara el profesor IBÁÑEZ JIMÉNEZ³⁹, “el derecho societario del futuro cambiará radicalmente cuando la automatización de las sociedades a través de SC [*smart contracts*] especiales (como las DAO u organizaciones autónomas descentralizadas en DLT) [...] se consolide”⁴⁰. Hasta que, con su consolidación, no impacten las DAO, no se requerirán cambios radicales. Hasta entonces, no se precisa la transformación, pero sí la actualización del derecho societario para su simplificación y digitalización. En todo caso, interesaría que el derecho societario del presente fuese acoplándose a ese futuro, quizá no tan lejano, de cambio radical.

La actualización de la regulación de las sociedades mercantiles entraña riesgos y oportunidades que enlazan con el concepto de “crisis”: riesgos de desactualización y desadaptación y oportunidades de reinención hacia la innovación para atender a la mutación constante de un mercado glocalizado y tecnificado. Para un entorno “hiper-digitalizado” no se requiere una “hiper-regulación”.

Hasta la fecha ha habido en nuestro ordenamiento jurídico societario una regulación refundida (con la LSC, procedente de los viejos moldes del TRLSA y de la LSRL) y parcheada. A partir de ahora hace falta una regulación global⁴¹ que confiera agilidad y eficiencia. Solicitamos una regulación, no una desregulación total. Solicitamos una regulación con flexibilidad sin pérdida de la seguridad jurídica. Con flexibilidad y seguridad podrán afrontarse retos futuros, conocidos o desconocidos. Con flexibilidad y seguridad podrá avanzarse

38 Como enfatiza en la página 39.

39 En IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W., *Blockchain...*, op. cit., p. 173.

40 *Ídem*.

41 VAÑO VAÑO, M.^a J.: “Participación de los socios en la junta general...”, op. cit., p. 774, hace referencia a una regulación global, aunque la alusión es específica a la junta general. Propone una regulación global para la transparencia, el activismo accionario y el control del órgano de administración como piezas claves. En sus palabras: “*la junta general y el ejercicio de los derechos políticos de los socios ha sido regulada de manera tangencial, a lo largo del tiempo, incorporando pequeños parches, sin realizar una regulación global*”.

hasta el derecho societario digitalizado y desde él hasta el derecho societario robotizado. Con flexibilidad podrá atenderse a la influencia que puedan llegar a tener algún día la inteligencia artificial (también la fuerte) y los robots inteligentes en las sociedades mercantiles.

Desde el derecho societario se avecina un futuro intrigante, quizás inquietante. Son muchas las preguntas, las suposiciones, las predicciones. Ante los vaticinios son aún pocas las respuestas. Son aún varios y variados los temas por indagar. Entre ellos, por analizar queda la actuación de un robot avanzado, autónomo dotado de inteligencia artificial, como miembro del órgano de administración o como socio, miembro de la junta general⁴². En tal caso hipotético, ¿qué implicaciones legales se derivarían de su actuación para el elenco de derechos y deberes y para la responsabilidad? Con esta cuestión estaríamos planteando si los robots pudieran llegar a ser sujetos de derechos en una sociedad mercantil⁴³. Hasta el presente, la legislación vigente solo permite que personas físicas o jurídicas sean socios y/o administradores. ¿En el futuro lo permitirá también para las “personas electrónicas”? Un ejemplo en el pasado reciente ha habido en una *start-up* finlandesa⁴⁴ que incorporó un sistema de inteligencia artificial de interfaz conversacional para asistir al órgano de administración, aunque sin poder ser nombrado administrador, por no permitirlo ni aquí ni allí la ley. Ni siquiera va a permitir nuestra ley de sociedades de capital, cuando sea aprobada la reforma que plantea el Proyecto de Ley referido a la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas, que los consejeros de las sociedades cotizadas sean personas jurídicas. Deberán ser personas físicas, en la revisión que se propone del primer apartado del artículo 529 bis, motivada para mejorar “la transparencia y el buen gobierno corporativo”, en las palabras de la exposición de motivos

42 El grupo de expertos de alto nivel citado *supra* en la nota a pie de página nº 30 decidió, en la página 39 de su informe, no tomar ninguna posición sobre el desarrollo futuro del derecho de sociedades como, por ejemplo, sobre si un sistema dotado de inteligencia artificial pudiera actuar como miembro de un consejo o una junta.

43 Aludiendo al título de la siguiente entrada de blog: GONZÁLEZ GRANADO, J.: “Hackeando el derecho societario: ¿un robot sujeto de derechos?”, *Taller de derechos*, 13 septiembre 2018.

44 TIETO incorporó el sistema de inteligencia artificial denominado: “Alicia T”. <https://www.fintechfutures.com/2016/10/alicia-key-to-tietos-ai-leadership-team/> (última consulta: 1 septiembre 2020). Este ejemplo fue citado por nuestra doctrina: MENÉNDEZ ARIAS, M.^a J.; RODRÍGUEZ GARCÍA, T.; ALCAIDE SOLER, F.: “*Blockchain* y derecho societario...”, op. cit., p. 501 y, en especial, en la nota a pie de página nº8.

de este texto proyectado. No permitiéndolo próximamente para las personas jurídicas, suponemos que no lo permitirá ni lejanamente para las “personas electrónicas” por los riesgos que plantearía la autonomía.

Ante las “decisiones autónomas” o ante el “riesgo de la autonomía”⁴⁵ se aboga desde estas líneas finales por un marco legal sólido sin incertidumbres para los agentes económicos ante las disrupciones tecnológicas⁴⁶. Una regulación de impulso del desenvolvimiento de la digitalización en la constitución, configuración, organización y decisión societaria sin parálisis y sin incertidumbres.

La autonomía, enlazada con la robotización, en ningún caso ha sido el núcleo del análisis del presente trabajo de investigación que termina con unos pocos párrafos más. Sí quizás sea el comienzo de un futuro estudio que examine el derecho de sociedades desde la perspectiva específica de la robótica y la inteligencia artificial. Pudiera ser el siguiente paso del camino que aquí ni hemos querido ni hemos podido dar, por habernos querido detener en un paso más cercano y real.

Aunque hayamos escrito desde el inicio de las páginas de este libro acerca de una “legislación inteligente” no lo hemos hecho acerca de una “sociedad mercantil inteligente”, aunque en alguna ocasión hayamos aludido a la “empresa inteligente”⁴⁷. Tampoco hemos querido aludir ni a los socios ni a los administradores robóticos dotados de autonomía e inteligencia. Pero, como bien recordó la Comisión europea en la iniciativa europea sobre la inteligencia artificial, de 25 de abril de 2018: “La IA está transformando nuestro mundo, nuestra sociedad y nuestra industria”⁴⁸; y, como bien enfatiza en el Libro Blanco sobre la inteligencia artificial, de 19 de febrero de 2020, “se está desarrollando rápido. Cambiará nuestras vidas”⁴⁹. Añadimos nosotros que probablemente transformará nuestro derecho societario. La cuestión es: ¿cuándo lo transformará? La cuestión es: ¿cuándo llegará o si llegará la transformación? La respuesta óptima sería llegar a tiempo.

Pero, si el legislador español se demorara en dictar normas en el ámbito de la digitalización (que algún día será el de la robotización), que no se demore

45 No en relación específica con las DAO, sino con los robots, BARRIO ANDRÉS, M.: “Robótica, inteligencia artificial y derecho”, *Real Instituto Elcano*, 11 septiembre 2018, propugnaba la necesidad de un marco legal sólido, sin incertidumbres, ante el riesgo de la autonomía que desembocaba en decisiones autónomas.

46 *Ídem*.

47 En el capítulo II de este libro.

48 Página 2 de la iniciativa europea sobre la IA.

49 Primera línea del reseñado Libro Blanco, en la página 1.

demasiado para no perder el tren de avance hacia el desarrollo empresarial y el crecimiento económico. Hoy más que nunca, ante la crisis económica provocada por la crisis sanitaria, hay que generar un círculo virtuoso que forje el trabajo por cuenta propia y, con él, también por cuenta ajena.

Es momento de actuar, de legislar, para configurar un potente ecosistema emprendedor en este momento de crisis económico-social que aprieta a quienes luchan por conservar su empresa o por hacer nacer su proyecto empresarial. Cabe recordar que una legislación de apoyo a la creación de empresas se ha venido aprobando en todas las latitudes mucho antes de los tiempos de COVID. En nuestro ordenamiento jurídico interno también. Así, por ejemplo, con las leyes de apoyo al emprendedor y su internacionalización y de fomento de la financiación empresarial, de 2013⁵⁰ y 2015⁵¹, respectivamente. Pero, hoy más que nunca la política legislativa de apoyo empresarial ha de ser reforzada para hacer frente a las numerosas transformaciones del orden económico. En lo que respecta al derecho mercantil de las sociedades el refuerzo reformulador debiera ser, a nuestro parecer, para simplificar y flexibilizar; para desregular, en definitiva. Desregulación no sin límites, empero. Con límites para garantizar la seguridad jurídica, para prevenir delitos tributarios y de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo. Con límites para garantizar la protección a los terceros mediante mecanismos contractuales. Con seguridad para generar empresas y, en consecuencia, autoempleo y empleo, también el primer autoempleo y empleo. Con seguridad para desarrollar empresas locales y empresas globales o, mejor dicho, glocales.

La visión de nuestro legislador ha de estar puesta en la conservación de las pymes y en la generación de nuevas empresas con ideas innovadoras, sociales y sostenibles. Con esa visión, la prioridad, en esta fase COVID y en la siguiente post-COVID, ha de ser proporcionar un ecosistema de capacitación, información, apoyo, tutoría e inversión a las empresas emergentes, muchas de ellas innovadoras, algunas de ellas sociales, algunas innovadoras sociales. También la prioridad ha de ser revitalizar el ecosistema empresarial tradicional y adentrarlo en la economía digital para ofrecer respuestas no solo a corto plazo a los problemas y las necesidades de las pequeñas empresas maduras encaminadas a salvar su supervivencia y a mantener su viabilidad en esta época de remodelación económica y digital.

50 Nos referimos a la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo al emprendedor y su internacionalización.

51 Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial.

Se trata de construir o reconstruir un ecosistema empresarial robusto y competitivo que permita crear y hacer crecer a las empresas dentro de una economía que se ha demostrado cada vez más interconectada y, al tiempo, más frágil por esa interconexión ante situaciones inesperadas, como la de COVID-19. Esta pandemia es el comienzo de una nueva era que afecta a todos los sectores, también al derecho, también al derecho mercantil societario, al que ha cambiado temporalmente para digitalizarlo en el funcionamiento de los órganos sociales y, en concreto, en la junta general a través de una sucesión de Reales Decretos-Leyes promulgados durante el confinamiento a causa de la restricción de movimientos⁵².

No apostamos por la temporalidad sino por la estabilidad de la regulación. No apostamos por la parcialidad (o “parchealidad”) sino por la globalidad. La transformación del derecho mercantil societario no cotizado, si consiguiera ser estable y global, pudiera sumarse a las tendencias contemporáneas, de un lado, de la desregulación sin desprotección (con una regulación desregulada controlada) y, de otro, de la digitalización y, más adelante, de la robotización⁵³. Ante la pregunta de cuándo habría que sumarse nuestro legislador societario a esa transformación de la regulación, nuestra respuesta sería sin esperas, sin demoras. Hoy es el momento oportuno para avanzar.

52 Huelga recordar que los Reales Decreto-Ley 8/2020, 11/2020 y 21/2020 los analizamos en el capítulo V de este libro, al hilo de la digitalización de la junta general.

53 Vid., por todos, BARRIO ANDRÉS, M. (dir.): *Derecho de los robots*, 2º ed., Madrid: Wolters Kluwer, 2019, 312 pp.; ROGEL VIDE, C. (coord.): *Los robots y el derecho*, Madrid: Reus, 2018, 120 pp.

BIBLIOGRAFÍA

Libros, capítulos de libros, artículos científicos e informes:

- AA.VV.: “¿Existe una función notarial europea?”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 75, septiembre-octubre 2017.
- AEFI; HOGAN LOVELLS: *Libro Blanco de Insurtech. La industria insurtech española y su marco regulatorio. Retos, oportunidades y las tendencias que marcarán el futuro del sector*, Madrid: AEFI, junio 2019.
- ALCALÁ DÍAZ, M. A.: “Ley alemana sobre la sociedad anónima pequeña y desregulación del Derecho de sociedades anónimas (*Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktiensrechts*) de 2 de agosto de 1994, publicada en *Bundesgesetzblatt* de 9 de agosto de 1994”, *RdS*, nº 4, 1995.
- ALEMÁN LAÍN, P.: *Función del valor nominal en las acciones. Una aproximación desde el derecho norteamericano*, Navarra: Aranzadi, 2003.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “La junta, los acuerdos sociales, la prohibición de la unanimidad y el reconocimiento de derechos de veto a los socios”, en JUSTE MENCÍA, J.; ESPÍN GUTIÉRREZ, C. (coords): *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital. Liber amicorum Fernando Rodríguez Artigas, Gaudencio Esteban Velasco*, Navarra: Aranzadi, 2017.
- ALFÉREZ, A.: 2019. *Informe de actividad. Venture capital & private equity en España*, ASCRI, 2019.
- ALONSO ESPINOSA, F. J.: “Telemática y derecho de sociedades”, *Diario La Ley*, nº 7800, 2012.
- ALONSO LEDESMA, C.: “Algunas reflexiones sobre la función (la utilidad) del capital social como técnica de protección de los acreedores”, en *Estudios de derecho de sociedades y derecho concursal: Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, Madrid: Marcial Pons, octubre 2007.
- “Propuesta de modificación de la segunda Directiva de sociedades relativa a la constitución de la sociedad anónima y al mantenimiento y modificación de su capital”, *RdS*, nº 24, vol. 1, 2005.
- “El papel de la junta general en el gobierno corporativo de las sociedades de capital”, en AA.VV.: *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid: Marcial Pons, 1999.
- ALONSO UREBA, A.: “Presentación”, en MUÑOZ PÉREZ, A. F. (dir.): *Revolución digital, derecho mercantil y token economía*, Madrid: Tecnos, 2019.
- “Bases para una reforma del derecho español de sociedades cotizadas en garantía del derecho de la sociedad emisora a conocer de modo permanente su

- estructura accionarial”, en *Transparencia accionarial y buen gobierno corporativo*, 2010.
- “La sociedad limitada nueva empresa y el proceso de reforma del Derecho español de sociedades”, en ALONSO UREBA, A.; LÉVI, A.; VIERA GONZÁLEZ, A. J.: *Las pequeñas y medianas empresas y la reforma del Derecho de Sociedades en la Unión Europea*, Madrid, 4 febrero 2004.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “Fe pública y revolución digital”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 88, noviembre-diciembre 2019.
- “Proposal regarding the use of digital tools and processes in company law: the practitioner’s perspective”, *ECFLR*, vol. 16, issue 1-2, 2019.
- “Capital riesgo, *private equity* y LBOS: crisis financiera y necesidad de un cambio de modelo”, *RMV*, nº 13, 2013.
- ÁLVAREZ-VIJANDE, J.: “Foreword”, en ECODA, *Corporate Governance Guidance and Principles for Unlisted Companies in Europe. An initiative of ecoDa*, March 2010.
- ANDÚJAR HURTADO, J. A.: “Las juntas de sociedades por medios a distancia o electrónicos”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 91-92, mayo-agosto 2020.
- AÑOVEROS TRÍAS DE BES, X.: “La razón de ser de las sociedades personalistas”, en *Estudios de Derecho Mercantil: homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid, 10 junio 1998.
- ARCE, O.; LÓPEZ, E.; SANJUÁN, L.: “El acceso de las pymes con potencial de crecimiento a los mercados de capitales”, *Documentos de trabajo CNMV*, nº 52, noviembre 2011.
- ARMOUR, J.: “Legal capital: an outdated concept?”, *European Business Organization Law Review*, vol. 7, issue 1, 2006.
- ATZORI, M.: “Blockchain technology and decentralized governance: is the State still necessary?”, *SSRN*, December 1, 2015.
- AZOFRA, F.: “El informe Winter sobre modernización del derecho societario en Europa”, *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, nº 4, marzo 2003.
- BANCO DE ESPAÑA: “Escenarios macroeconómicos de referencia para la economía española tras la COVID-19”, *Artículos Analíticos. Boletín Económico*, 2/2020.
- BARRIO ANDRÉS, M. (dir.): *Derecho de los robots*, 2º ed., Madrid: Wolters Kluwer, 2019.
- BDO: *Global risk landscape 2018: the innovative imperative*, BDO, 2018.
- *Global risk landscape 2017*, BDO, 2017.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: “Una visión crítica del Proyecto de Ley de

- Sociedades de Responsabilidad Limitada”, en BONARDELL LENZANO, R.; MEJÍAS GÓMEZ, J.; NIETO CAROL, U. (coords.): *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid: Dykinson, 1994.
- BLEND, J.: *Social Enterprise solutions for 21st Century challenges. The UK model of social Enterprise and experience*, Publications of Ministry of Employment and the Economy, 25/2010.
- BOLÁS ALFONSO, J. (et al.): *La sociedad de responsabilidad limitada. (Comentarios a la Ley, tras la reforma de 25-VII-89 y el Reglamento del Registro Mercantil de 29-XII-89)*, 2ª ed., Madrid: Civitas, 1992.
- BOOTH, R. A.: “Capital requirements in United States Corporation Law”, *ECFR*, special volume 1 (LUTTER, M. (ed.): *Legal capital in Europe*), 2006.
- BOQUERA MATARREDONA, J.: “La página *web* corporativa de las sociedades cotizadas”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (et al.) (dir.): *Sociedades cotizadas y transparencia en los mercados*, vol. 1, Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 2019.
- BROSETA PONT, M., “Determinación e indeterminación del objeto social en la Ley y en los Estatutos de las sociedades anónimas españolas”, *RDN*, nº 67, enero-marzo, 1970.
- BROSETA PONT, M.; MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho mercantil*, 26ª ed., vol. I, Madrid: Tecnos, 2019.
- BRYAN, K.; HOVENKAMP, E.: “Startup acquisitions, error costs and antitrust policy”, *University of Chicago Law Review. Forthcoming*, April 23, 2019.
- BUSANI, A.: “Assemblea anche in audio o video. Nello statuto non è necessaria la previsione della partecipazione a distanza”, *Diritto dell’Economia*, nº 274, 11 ottobre 2017.
- CANO MARCO, T. M.^a DEL P.: “Acta notarial de junta telemática ¿ahora o siempre?”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 91/92, mayo-agosto 2020.
- CAÑIBANO CALVO, L.: “Información financiera y gobierno de la empresa”, *Contabilidad Financiera*, julio-septiembre 2004.
- CARLINO, B. P.: “El control estatal en la SAS”, *La Ley*, 11 abril 2017.
- ___ *Firma digital y derecho societario electrónico*, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, diciembre 1998.
- COZIAN, M. (et al.): *Droit des sociétés*, 18º ed., París: Lexis-Nexis, 2005.
- COURET, A.: “La société par actions simplifiée comme forme alternative entre la société anonyme et la société à responsabilité limitée”, en ALONSO UREBA, A. (et al.): *Las pequeñas y medianas empresas y la reforma del Derecho de Sociedades en la Unión Europea*, Madrid: Ministerio de Economía, 4 y 5 febrero 2004.

- CRUZ RIVERO, D.: “El ejercicio de los derechos de asistencia y voto a la junta general de la sociedad anónima tras la modificación del art. 97 LSA por la Ley 19/2005”, en MADRID PARRA, A. (dir.): *Derecho patrimonial y tecnología*, Madrid: Marcial Pons, 2007.
- CUNNINGHAM, C.; EDERER, F.; MA, S.: “Killer acquisitions”, *SSRN*, April 19, 2020.
- CURTO POLO, M.: “La convocatoria de la junta general de las sociedades capitalistas mediante correo electrónico (comentario a la resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 13 de enero de 2015)”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 297, 2015.
- DE FILIPPI, P.; WRIGHT, A.: *Blockchain and the law: the rule of code*, Massachusetts: Harvard University Press, 2018.
- DEFOURNY, J.; NYSENS, M.: “The EMES approach of social enterprise in a comparative perspective”, *EMES European Research Network*, nº 12/03, 2012.
- DELGADO SAMPER, E.: “La digitalización: breve repaso a las tecnologías para convertirlo en todo –o casi todo– en 1 y 0”, en MUÑOZ PÉREZ, A. F. (dir.): *Revolución digital, derecho mercantil y token economía*, Madrid: Tecnos, 2019.
- DÍAZ, M.; MARCUELLO, C.; NOGALES, R.: *Social enterprises and their ecosystems in Europe. Country report: Spain*, Luxembourg: European Commission, 2020.
- DUPRAT, D. A. J.: “Sociedad por acciones simplificada (SAS)”, *La Ley*, año LXXXI, nº 75, 21 abril 2017.
- EIDENMÜLLER, H.; SCHÖN, W. (ed.): *The law and economics of creditor protection: a transatlantic perspective*, The Netherlands: Asser Press, May 2008.
- EMBED IRUJO, J. M.: “El capital social: el principio del capital mínimo, régimen de las aportaciones sociales y prohibiciones en materia de distribución de beneficios”, en QUINTANA CARLO, I. (dir.): *El nuevo derecho de las sociedades de capital*, Zaragoza: Trivium, junio 1989.
- ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M.: “Directiva 2006/68/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006, por la que se modifica la Directiva 77/91/CE del Consejo, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital”, *RdS*, nº 27, vol. 2, 2006.
- ENGERT, A.: “Life without legal capital: Lessons from American law”, *ECFR, special volume 1* (LUTTER, M. (ed.): *Legal capital in Europe*), 2006.
- ENRIQUES, L.; MACEY, J.: “Creditors versus capital formation: The case against the european legal capital rules”, *Cornell Law Review*, nº 86, 2001.

- ESCRIBANO GÁMIR, R. C.: “La Directiva 2006/68/CE de 6 de septiembre, en materia de tutela de los derechos de crédito de los acreedores sociales frente a la reducción del capital social. Apuntes de una reforma anunciada”, *RdS*, nº 28, vol. 1, 2007.
- *La protección de los acreedores sociales frente a la reducción del capital social y a las modificaciones estructurales de las sociedades anónimas*, Navarra: Aranzadi, 1998.
- ESTEBAN VELASCO, G.: “La propuesta de Directiva sobre la “*Societas Unius Personae*” (SUP): las cuestiones más polémicas”, *El Notario del siglo XXI*, nº 60, marzo-abril 2015.
- ESTURILLO LÓPEZ, A.: *Estudio de la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid: Civitas, 1996.
- EUROPEAN COMMISSION: *Models to reduce the disproportionate regulatory burden on SMEs. Report of the expert group*, May 2007.
- EUROPEAN COMMISSION ENTERPRISE DIRECTORATE GENERAL: *Benchmarking the administration of business start-ups*, Centre for Strategy & Evaluation Services, January 2002.
- EUROSTAT: “Sustainable development in the European Union. Monitoring report on progress towards the SDGs in an EU context”, June 28, 2019.
- *The profile of the successful entrepreneur. Results of the survey. Factors of Business Success, Statistics in Focus*, 29/2006.
- FAVIER DUBOIS, E. M.: “¿Cuál es el tipo social más adecuado para las PYMES: la SRL, la sociedad anónima o la nueva “sociedad por acciones simplificada?””, *Favier Dubois & Spagnolo. Abogados y Consultores*, 7 junio 2017.
- FELIÚ REY, J.: “Las empresas sociales: un nuevo reto para el derecho de sociedades”, *Pensar en Derecho*, año 2, nº 3, diciembre 2013.
- FENWICK, M. (et al.): “Regulation tomorrow: What happens when technology is faster than the law?”, *Tilburg Univ., TILEC Discussion Paper* nº 2016-024, 2016.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: “Ley general de sociedades: una reforma para el nuevo siglo”, en COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA; GARRIGUES & ANDERSEN: *Manuales de la reforma mercantil en España. I. Derecho, tipología y estructura de las sociedades*, Madrid: Expansión, 1999.
- “La sociedad comanditaria por acciones (Artículos 151 a 157 del Código de Comercio)”, en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; OLIVENCIA, M. (dir.): *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. XIII. Madrid: Civitas, 1992.

- FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “La sociedad de capital de base personalista en el marco de la reforma del Derecho de sociedades de responsabilidad limitada”, *Revista General de Derecho*, nº 596, 1994.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L.; VICENT CHULIÁ, F.: “Internet y Derecho de sociedades. Una primera aproximación”, *RDM*, nº 237, julio-septiembre 2000.
- FERNÁNDEZ HERGUETA, R.: “El sector público y el uso de la *blockchain*”, PREUKSCHAT, A. (coord.): *Blockchain: la revolución industrial de Internet*, Ediciones Gestión 2000, 2017.
- FLORES DOÑA, M. S.: “Garantías al ejercicio de los derechos del accionista por medios electrónicos”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (et al.) (coords): *La junta general de las sociedades de capital: cuestiones actuales*, Madrid: Colegio Notarial de Madrid, 2009.
- FOZ GIRALT, X. (et al.): “Aspectos legales de los ICO, *smart contracts* y DAO”, en PREUKSCHAT, A. (coord.): *Blockchain: la revolución industrial de Internet*, Ediciones Gestión 2000, 2017.
- FUENTES NAHARRO, M.: “La digitalización del derecho de sociedades: de la SUP al *Company Law Package*”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. LIX, 2018/2019.
- GALÁN LÓPEZ, C.: “Las “acciones sin mención del valor nominal” y su reconocimiento en el derecho europeo de sociedades”, en *Estudios de derecho de sociedades y derecho concursal: libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, vol. 1, Madrid: Marcial Pons, octubre 2007.
- GALINDO GIL, P.: “¿Existe alternativa a la Base de Datos de Titularidad Real (BDTR) del Notariado?”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 77, enero-febrero 2018.
- GALLEGO CÓRCOLES, A.: “El *blockchain* en la junta general”, en MUÑOZ PÉREZ, A. F. (dir.): *Revolución digital, derecho mercantil y token economía*, Madrid: Tecnos, 2019.
- GÁLLEGO LANAU, M.: “La celebración de la junta íntegramente virtual: ¿debería extenderse más allá del estado de alarma?”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, nº 26, 2020.
- “La aplicación de la tecnología de registro distribuido en la junta general. Una primera aproximación”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 57, septiembre-diciembre 2019.
- GARCÍA MANDALONIZ, M.: “Desde la digitalización hacia la *blockchainización* de la constitución de la sociedad de capital: una revisión de la legislación pendiente de abordar”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, nº 26, 2020.
- “Derecho de seguros 4.0”, *Revista Española de Derecho de Seguros*, nº 177, 2019.

- “Hacia un gobierno corporativo sostenible con implicación efectiva y sostenible de los accionistas para la mejora del rendimiento financiero y no financiero a largo plazo y con divulgación de la información no financiera”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 54, 2018.
- “Hacia un sistema único de constitución de sociedades mercantiles electrónico y eficiente”, en MADRID PARRA, A. (dir.), *Derecho mercantil y tecnología*, Navarra: Aranzadi, 2018.
- “Fomentando la formalización del emprendimiento femenino con un registro electrónico de empresas y una entidad de responsabilidad limitada simplificada”, en BLÁZQUEZ AGUDO, E. M.^a: *Los ODS como punto de partida para el fomento de la calidad del empleo femenino*, Madrid: Dykinson, 2018.
- “Hacia la junta (asamblea) general electrónica”, *Revista Perspectiva Jurídica*, nº 11, semestre II 2018.
- “Desde el “*bank-based model*” hasta el “*non bank-based model*” en las microfinanzas: Una propuesta legislativa para la instauración y sostenibilidad de las instituciones microfinancieras en España”, *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa*, nº 25, cuatrimestre I, 2017.
- “La estrategia europea a favor de las pequeñas y medianas empresas y su implementación en España”, *Derecho comercial y de las obligaciones: Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*, nº 285, 2017.
- “El emprendedor ¿de responsabilidad limitada?”, en HIERRO ANIBARRO, S. (dir.): *Un nuevo estatuto para el empresario individual*, Madrid: Marcial Pons, 2016.
- “La cesión de créditos en el nuevo Código mercantil: adecuación a las exigencias de la moderna economía crediticia”, en MORILLAS JARILLO, M.^a J.; PERALES VISCASILLAS, P.; PORFIRIO CARPIO, L. J.: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015.
- “Inconcreción del deber de diligente administración, disposición del régimen de responsabilidad e inclusión de la regla de la discrecionalidad empresarial (artículo 225 de la Ley de sociedades de capital)”, en MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA GARCÍA DE DUEÑAS, A. (dir.): *Gobierno corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores*, Navarra: Thomson-Aranzadi, 2015.
- “Naturaleza jurídica del microcrédito y caracterización societaria de las instituciones microfinancieras”, *Cuadernos de la Cátedra Garrigues*, vol.3, junio 2015.
- “Gobierno corporativo de la sociedad no cotizada para impulsar el acceso al

- crédito, la captación de capital y la emisión de deuda”, en HIERRO ANIBARRRO, S. (dir.): *Gobierno corporativo en sociedades no cotizadas*, Madrid: Marcial Pons, 2014.
- ___ “Los viveros de empresas para fortalecer la transferencia de la tecnología y el conocimiento desde la Universidad a la Sociedad: el reto de la Universidad emprendedora”, *Revista Pensar en Derecho*, año 2, nº 3, diciembre 2013.
- ___ “El cuestionado sentido del régimen jurídico del capital social”, en HIERRO ANIBARRRO, S. (dir.): *Simplificar el derecho de sociedades*, Madrid: Marcial Pons, 2010.
- ___ “Un billete de ida y otro de vuelta para el capital riesgo: un viaje a partir de la nueva ley reguladora de las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras”, *Revista Española de Capital Riesgo*, nº 0, 2006.
- ___ *La sociedad de responsabilidad limitada en el diván: el diagnóstico de la “personalidad múltiple” (desde el nacimiento de la sociedad limitada nueva empresa)*, Madrid: Marcial Pons, 2005.
- ___ *La financiación de las pymes*, Navarra: Aranzadi, 2003.
- GARCÍA MANDALONIZ, M.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T.: “La inquebrantabilidad del principio de unicidad en la junta general electrónica”, *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 57, febrero 2005 (también publicado en: *Foro de Derecho Mercantil. Revista Internacional*, nº 17, octubre-diciembre 2007).
- ___ “Nuevas normas en el imparable proceso de electrificación del derecho societario”, *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 66, diciembre 2005.
- ___ “El impacto de las nuevas tecnologías en las sociedades mercantiles”, en ET-CHEVERRY, R. A.; ILLESCAS ORTIZ, R. (dirs.): *Comercio electrónico. Estructura operativa y jurídica*, Buenos Aires: Hammurabi, julio 2010.
- GARCÍA MARTÍNEZ, L. M.^a: “Consideraciones iniciales sobre la tecnología de registro distribuido (*blockchain*) como herramienta emergente de identificación e implicación accionarial”, en FERNÁNDEZ TORRES, I.; ARIAS VARONA, F. J.; MARTÍNEZ ROSADO, J. (coords.): *Derecho de sociedades y de los mercados financieros. Libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, Madrid: Iustel, 2018.
- GARCÍA MEXÍA, P.: “La inteligencia artificial. Una mirada desde el derecho”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 89, enero-febrero 2020.
- ___ *Criptoderecho. La regulación de blockchain*, Madrid: La Ley-Wolters Kluwer, diciembre 2018.
- ___ “Del ciberderecho al criptoderecho. La criptorregulación”, en GARCÍA MEXÍA, P. (dir.): *Criptoderecho. La regulación de blockchain*, Madrid: La Ley-Wolters Kluwer, diciembre 2018.

- GARCÍA RUBIO, M.^a P.: “Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la propuesta de Código mercantil”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 1, n^o 1, enero-marzo 2014.
- GARCÍA TABUENCA, A.; CRESPO ESPERT, J. L.: “El coste económico en la creación de sociedades”, en HIERRO ANIBARRO, S. (dir.): *Simplificar el derecho de sociedades*, Madrid: Marcial Pons, 2010.
- GARCÍA VILLAVERDE, R.: “Capital mínimo”, en ALONSO UREBA, A. (et al.) (coords.): *Derecho de sociedades anónimas, t. I, La fundación*, Madrid: Civitas, 1991.
- “El principio de capital mínimo”, en ALONSO UREBA, A. (et al.) (coords.): *La reforma del Derecho español de sociedades de capital (Reforma y adaptación de la legislación mercantil a la normativa comunitaria en materia de sociedades)*, Madrid: Colegios Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, y Notarial de Madrid; Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1987.
- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABETE, J.: *Tratado de derecho mercantil*, Madrid: Revista de Derecho Mercantil, 1947.
- *Curso de derecho mercantil*, T. I, 7^a ed., 1976.
- “Setenta y cinco años de Derecho mercantil”, en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*, Madrid: Edersa, 1981.
- GIRÓN TENA, J.: *Derecho de sociedades. T.I. Parte general. Sociedades colectivas y comanditarias*, Madrid: GT, 1976.
- GÓMEZ LIGÜERRE, C.: “El renacimiento de los tipos societarios contractuales y asociativos”, en HIERRO ANIBARRO, S. (dir.): *Simplificar el derecho de sociedades*, Madrid: Marcial Pons, 2010.
- GONDRÁ ROMERO, J. M.: “La posición de la sociedad de responsabilidad limitada en el marco de la reforma del Derecho de sociedades”, en ALONSO UREBA, A. (et al.) (coords.): *La reforma del Derecho español de sociedades de capital (Reforma y adaptación de la legislación mercantil a la normativa comunitaria en materia de sociedades)*, Madrid: Colegios Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, y Notarial de Madrid; Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1987 (después publicado en: “La posición de la sociedad de responsabilidad limitada en el marco de la reforma del Derecho de sociedades”, en POLO, A. (et al.): *¿Sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada? La cuestión tipológica*, Madrid: Civitas, 1992).
- GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M.: “Blockchain: ¿el notario del futuro?”, *El Notario del Siglo XXI*, n^o 75, septiembre-octubre 2017.

- GONZÁLEZ-MENESES ROBLES, M.: *Entender blockchain: una introducción a la tecnología de registro distribuido*, Navarra: Aranzadi, junio 2017.
- GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C.: “Demasiado esfuerzo...para tan escasos resultados. La Directiva 2006/68/CE, que modifica la Segunda Directiva de sociedades, no entra en el debate de fondo sobre la función del capital”, *Consejeros: La revista del buen gobierno y la responsabilidad corporativa*, nº 12, diciembre 2006.
- GRUPO BANCO MUNDIAL: *Doing Business 2020. Midiendo regulaciones para hacer negocios*, 24 octubre 2019.
- *Doing Business 2019. Capacitación para reformar*, 16ª ed., 31 octubre 2018.
- HERRERO MORANT, R.: “Celebración en el Reino Unido de la primera junta general de accionistas totalmente telemática”, *RdS*, nº 48, 2016.
- HIERRO ANIBARRO, S.: “Una introducción a la simplificación del derecho de sociedades”, en HIERRO ANIBARRO, S. (dir.): *Simplificar el derecho de sociedades*, Madrid: Marcial Pons, 2010.
- “La política comunitaria de simplificación del derecho de sociedades”, en HIERRO ANIBARRO, S. (dir.): *Simplificar el derecho de sociedades*, Madrid: Marcial Pons, 2010.
- “Simplificar la fundación de sociedades”, en HIERRO ANIBARRO, S. (dir.): *Simplificar el derecho de sociedades*, Madrid: Marcial Pons, 2010.
- HIERRO ANIBARRO, S.; ZABALETA DÍAZ, M.: “Buen gobierno de la PYME y de la empresa familiar en la Unión Europea”, en PÉREZ CARRILLO, E. (coord.): *Gobierno corporativo y responsabilidad social de las empresas*, Madrid: Marcial Pons, 2009.
- IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W.: *Derecho de Blockchain y de la tecnología de registros distribuidos*, Navarra: Thomson-Reuters Aranzadi, 2018.
- *Blockchain: primeras cuestiones en el ordenamiento español*, Madrid: Dykinson, 2018.
- “El ejercicio telemático de los derechos del accionista en las sociedades cotizadas españolas”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 95, año XXIII, julio-septiembre 2004.
- ILLESCAS ORTIZ, R.: *Derecho de la Contratación electrónica*, 2ª ed., Madrid: Civitas, 2009.
- “El ejercicio electrónico de los derechos del socio en la sociedad anónima”, en *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, T. II, Madrid: Marcial Pons, 2007.
- “La continuada –y, a veces, desapercibida– electrificación del Derecho de sociedades mercantiles”, *RCE*, nº 75, octubre 2006.

- “Los principios de la contratación electrónica, revisitados”, en MADRID PARRA, A. (dir.): *Derecho patrimonial y tecnología*, Madrid: Marcial Pons, 2007.
- “La sociedad anónima de objeto plural”, en AAMN, T. XXXIV. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1995.
- INSTITUTE OF CHARTERED ACCOUNTANTS IN ENGLAND AND WALES: *Corporate Report*, London: ICAEW, 1975.
- INSTITUTO DE CONSEJEROS-ADMINISTRADORES: *Reformas prioritarias en gobierno corporativo para salir de la crisis: mejor gobierno corporativo*, Madrid: Instituto de Consejeros-Administradores, 17 julio 2012.
- INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION: *Task manager’s ICT toolkit for designing and implementing online registry applications*, IFC, Mars 3, 2015.
- JAPPIE, R.: “SMEs and sustainable development: challenges & opportunities”, en *UNCITRAL Colloquium on contractual networks and other forms of inter-firm cooperation*, New York, 25 March 2019.
- JARA BAAEDER, A.: “Sociedades por acciones. Ley 20.190”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, n° 2, agosto 2007.
- JENNINGS, J.: *Menos es más: cómo las compañías que se destacan utilizan la productividad como herramienta competitiva en sus negocios*, Quito: Norma, 2003.
- JORDÁ GARCÍA, R.: “Empresas de economía social y constitución telemática de sociedades”, en PARDO LÓPEZ, M.^a M.; GÓMEZ MANRESA, M. F. (dir./coord.): *Economía social y Derecho. Problemas jurídicos actuales de las empresas*, Comares, 1 marzo 2014.
- KATZ, R.; PAGE, A.: “The role of social enterprise”, *Vermont Law Review*, vol. 35, December 13, 2010.
- KÜBLER, F.: “A comparative approach to capital maintenance: Germany”, *European Business Law Review*, 2004.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Manual de Derecho Civil precedido de una introducción al Derecho*, 2^a ed. Barcelona: Bosch, 1984.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F. DE A.; LUNA SERRANO, A. (et al.): *Elementos de Derecho Civil*. T. I. Parte general. Vol. I. Introducción. 2^a ed. Madrid: Dykinson, septiembre 2000.
- LAFARRE, A.; VAN DER ELST, C.: “Blockchain technology for corporate governance and shareholder activism”, *ECGI Working Paper (series Law)*, n° 390, March 22, 2018.
- LARGO GIL, R.: “La junta universal sin sesión”, en FERNÁNDEZ TORRES, I.

- (et al.) (coords.): *Derecho de sociedades y de los mercados financieros. Libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, Madrid: Iustel, 2018.
- LEACH ROS, B.; PÉREZ PUEYO, A.: “La identificación del accionista en los supuestos de ejercicio del derecho de voto por medios electrónicos, ya personalmente o a través de representante”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (et al.) (dir.): *Sociedades cotizadas y transparencia en los mercados*, T. I., Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 2019.
- LEÓN TOVAR, S. H.: *SAS. Sociedad por acciones simplificada. Estudio teórico-práctico*, Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2018.
- LEWIN, A. (et al.): *Implementing electronic business registry (e-BR) services. Recommendations for policy makers based on the experience of EU accession countries*, The World Bank, June 2007.
- LLOPIS VAÑÓ, F.: “Nuevos modelos de negocio en *blockchain*”, en VILARROIG MOYA, R.; PASTOR SEMPERE, C. (dirs.): *Blockchain: aspectos tecnológicos, empresariales y legales*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2018.
- LLORENTE PÉREZ, A.: “Informe sobre la aplicación de la carta europea de la pequeña empresa”, *Unión Europea Aranzadi*, nº 32, 2005.
- LUCEÑO OLIVA, J. L.: “La celebración de la junta general por videoconferencia en la SRL: a propósito de la RDGRN de 19 de diciembre de 2012”, *Diario La Ley*, nº 8058, 2013.
- “El nuevo régimen legal de la convocatoria de junta general”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 846, 2012.
- LUCINI MATEO, A.: “La nueva Directiva sobre utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del derecho de sociedades”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 86, julio-agosto 2019.
- “El documento público notarial en la perspectiva de la digitalización del Derecho societario europeo”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 77, enero-febrero 2018.
- “El traslado internacional del domicilio social dentro de la Unión Europea, a debate en el IV Congreso Notariado Europeo”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 75, septiembre-octubre 2017.
- “Directiva europea sobre sociedad limitada unipersonal”, *El Notario del Siglo XXI*, 25 mayo 2015.
- MADRID PARRA, A.: “Contratación electrónica, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, T. III, Madrid: Civitas, 1996.
- MARÍN CALERO, C.: “Ley de la sociedad limitada nueva empresa”, *RJN*, nº 47, julio-septiembre 2003.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T.: “La Directiva sobre el ejercicio de los derechos

- de los accionistas en la junta general de las sociedades y su impacto sobre el derecho español”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 29, 2007.
- “El derecho de información del accionista en los supuestos de ampliación del orden del día de asistencia telemática del socio a la junta general”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 26, 2006.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, S.: “Precedentes de la sociedad de responsabilidad limitada en España (1869-1885)”, *MURGETANA*, nº 134, año LXVII, 2016.
- MCCAHERY, J. (et al.): “The new company law: what matters in an innovative economy?”, *ECGI Working Paper Series*, nº 75, 2006.
- MEDINA REY, J. M.: “Transparencia y buen gobierno en las ONGD”, *Revista Española del Tercer Sector*, nº 11, enero-abril 2009.
- MENÉNDEZ ARIAS, M.^a J.; RODRÍGUEZ GARCÍA, T.; ALCAIDE SOLER, F.: “Blockchain y derecho societario”, en GARCÍA MÉXIA, P. (dir.): *Criptoderecho. La regulación de blockchain*, Wolters Kluwer - La Ley, diciembre 2018.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: “Apertura. Notas sobre la significación histórica, el proceso de formación y la orientación fundamental del proyecto de Ley de sociedades de responsabilidad limitada”, en BONARDELL LENZANO, R.; MEJÍAS GÓMEZ, J.; NIETO CAROL, U. (coords.): *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid: Dykinson, 1994.
- “Algunas reflexiones sobre la reforma de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada”, *RJN*, enero-marzo 1992.
- MENÉNDEZ REQUEJO, S.: “Racionamiento de crédito como consecuencia de la asimetría de información y los costes de agencia”, *Información Comercial Española: Revista de Economía*, nº 735, 1994.
- MERKT, H.: “Credit protection through mandatory disclosure”, *EBOR*, nº 7, 2006.
- MINISTERIO DE INDUSTRIA, COMERCIO Y TURISMO: *Retrato de la PYME. DIRCE a 1 de enero de 2019*, Madrid: Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, febrero 2020.
- MIQUEL RODRÍGUEZ, J.: “La reforma de la Ley alemana de sociedades anónimas (Aktiengesellschaft-Gesetz)”, *RJC*, nº 2, año XCIV, 1995.
- MONTJOVE, Y.A.; SCHWEITZER, H.; CRÉMER, J.: *Competition policy for the digital era. Final report*, Directorate-General for Competition. European Commission, April 5, 2019.
- MUÑOZ DELGADO, C.: “Comunidades que ejercen actividad empresarial”, *Revista de Derecho UNED*, nº 18, 2016.
- MUÑOZ PAREDES, J. M.: “Asistencia y delegación de voto por medios de comu-

- nicación a distancia en las juntas generales de accionistas”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n^o 102, abril-junio 2006.
- *Nuevas tecnologías en el funcionamiento de las juntas generales y de los consejos de administración*, Madrid: Civitas, 2005.
- NAVARRO LÉRIDA, M.^a S.: “El poder de decisión societario y *blockchain*”, en MUÑOZ PÉREZ, A. F. (dir.): *Revolución digital, derecho mercantil y token economía*, Madrid: Tecnos, 2019.
- “Gobierno corporativo, *blockchain* y *smarts contracts*. Digitalización de las empresas y nuevos modelos descentralizados”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, n^o 23, 2018.
- OECD: *Boosting social Enterprise development. Good practices compendium*, OECD; European Union, April 21, 2017.
- OLAVARRÍA IGLESIA, J.: “Artículo 132. Objeto social”, en BOQUERA MATA-RREDONA, J. (dir.): *La Sociedad Limitada Nueva Empresa. Comentarios a los artículos 130 a 144 y a las Disposiciones adicionales 8^a a 13^a de la LSRL*, Navarra: Aranzadi, 2003.
- OTERO LASTRES, J. M.: “El requisito de la aceptación unánime en la junta universal de la sociedad anónima”, en *Derecho de sociedades: Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, Vol. II, Madrid: McGraw-Hill Interamericana España, 2002.
- PAREJA, A. (et al.): *La gestión de la identidad y su impacto en la economía digital*, Banco Interamericano de Desarrollo, documento para discusión n^o IDB-DP-529, agosto 2017.
- PARRANDO, L.: “Tecnología *blockchain*, una nueva era para la empresa”, *Revista de Contabilidad y Dirección*, vol. 27, 2018.
- PAZ-ARES, C.: “Comentario al artículo 2.1 LAIE”, en PAU PEDRÓN, A. (coord.): *Comentario a la Ley de agrupaciones de interés económico*, Madrid: Tecnos, 1992.
- “Ánimo de lucro y concepto de sociedad. (Breves consideraciones a propósito del artículo 2.2 LAIE)”, en *Derecho mercantil de la Comunidad europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid: Civitas, 1991.
- PERÉZ CARRILLO, E. F.: “Simplificación en la organización y funcionamiento de los órganos sociales: junta general de socios y consejo de administración”, en HIERRO ANIBARRO, S. (dir.): *Simplificar el derecho de sociedades*, Madrid: Marcial Pons, 2010.
- PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A.: “La sociedad de responsabilidad limitada”, en OLIVENCIA, M.; FERNÁNDEZ-NOVOA, C.; JIMÉNEZ DE PARGA, R. (dirs.): *Tratado de derecho mercantil*, T. XI, vol. 1, Madrid: Marcial Pons, 2004.

- *La reducción del capital en sociedades anónimas y de responsabilidad limitada*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza: Cometa, 1972.
- PÉRIN, P.-L.: *SAS: La société par actions simplifiée. Études - formules*, Joli éditions, 3ª ed., 2008.
- PORRES DE MATERO, M. C.: “Proyecto de Reglamento de la sociedad privada europea”, *RdS*, nº 13, 1999.
- PRATS ALBENTOSA, L.: “El notario y la tutela de los consumidores en el Mercado Único Digital Europeo”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 75, septiembre-octubre 2017.
- PREUKSCHAT, A.: “Tecnologías exponenciales como instrumento de transformación digital”, en MUÑOZ PÉREZ, A. F. (dir.): *Revolución digital, derecho mercantil y token economía*, Madrid: Tecnos, 2019.
- (coord.): *Comunidad blockchain. El futuro de la criptoconomía descentralizada y las ICO´s*, Íñigo Molero editor, 2018.
- *Blockchain: la revolución industrial de Internet*, Ediciones Gestión 2000, 2017.
- PRIETO GONZÁLEZ, C.: “Los orígenes de la sociedad de responsabilidad limitada en España”, *RDM*, abril-junio 1968, nº 108.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J.: “La nueva Directiva de 2017 sobre implicación de los accionistas”, en FERNÁNDEZ TORRES, I. (et al.) (coords.): *Derecho de sociedades y de los mercados financieros. Libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, Madrid: Iustel, 2018.
- RABASA MARTÍNEZ, I.: “Integración del capital social con criptomonedas”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 53, 2018.
- RAMOS CUETO, P.; CABALLERO AREAL, P.: “La constitución de sociedades mercantiles en la *blockchain*. Un acercamiento al futuro”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6, 2019.
- RASPALL, M. A.: “Introducción al régimen de los emprendedores”, en *Estudios de Derecho Empresario. Escuela Comercialista de Córdoba y sus proyecciones*, vol. 11.
- RECALDE CASTELLS, A. J.: “Consideraciones de política-jurídica sobre el ejercicio de los derechos de voto, asistencia y representación “a distancia” (incluido el voto electrónico) en las sociedades anónimas españolas”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 19, 2009.
- “Incidencia de las tecnologías de la información y comunicación en el desarrollo de las juntas generales de las sociedades anónimas cotizadas”, *Indret*, nº 3,

- 2007, pp. 39 pp. (también publicado en: *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal: Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, vol. II, Madrid: Marcial Pons, 2007).
- ___ “Los administradores de las sociedades anónimas en un entorno de “buen gobierno”, *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, nº 7, 2003.
- REGISTRADORES DE ESPAÑA: *Estadística mercantil. Ejercicio 2019*, Registradores de España, 2020.
- ___ *Estadística mercantil. Ejercicio 2015*, Registradores de España, 2016.
- ___ *Estadística mercantil. Ejercicio 2014*, Registradores de España, 2015.
- REYES VILLAMIZAR, F.: *SAS: La sociedad por acciones simplificada*, Colombia: Legis, 2ª ed., 4ª reimpresión, junio 2012.
- RICKFORD, J.: “Legal approaches to restricting distributions to shareholders: balance sheet tests and solvency test”, *EBOR*, nº 7, 2006.
- ___ (ed.): “Reforming capital: Report of the interdisciplinary group on capital maintenance”, *EBLR*, vol. 15, nº 4, 2004.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: “Notas sobre el concepto de inversor institucional en la Directiva (UE) 2017/828”, en FERNÁNDEZ TORRES, I. (et al.) (coords.): *Derecho de sociedades y de los mercados financieros. Libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, Madrid: Iustel, 2018.
- ___ “La participación por medios electrónicos en las juntas de la sociedad limitada”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 289, 2013.
- ___ “La junta general en la encrucijada”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (et al.) (coords): *La junta general de las sociedades de capital (cuestiones actuales)*, Madrid: Colegio Notarial de Madrid, 2009.
- ___ “Determinación estatutaria del objeto social”, en ALONSO UREBA, A. (et al.) (coords.): *Derecho de sociedades anónimas. I. La fundación*. Madrid: Civitas, 1991.
- ___ “Reflexiones en torno a la retransmisión por televisión de la J.G. de la S.A. (A propósito de la JG de la CNTE de enero de 1971)”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 121, julio-septiembre 1971.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T.: “A comparative analysis of crowdfunding rules in the EU and U.S.”, *TTLF Working Papers, Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum*, nº 28, August 9, 2017.
- RODRÍGUEZ DÍAZ, I.: “El fenómeno de la adquisición derivativa de acciones propias. La Directiva 2006/68/CE modificadora de la segunda Directiva sobre el derecho de sociedades y su incidencia en el ordenamiento jurídico español”, *RdS*, nº 27, vol. 2, 2006.

- ROGEL VIDE, C. (coord.): *Los robots y el derecho*, Madrid: Reus, 2018.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.; BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: “El capital social mínimo. Consideraciones de política y de técnica legislativas”, *RDM*, nº 187-188, 1988.
- RUIZ-GALLARDÓN, M.: “Derecho de sociedades e Internet”, en MATEU DE ROS, R.; LÓPEZ-MONÍS GALLEGO, M. (coords.): *Derecho de Internet. La Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, Navarra: Aranzadi, 2003.
- SALERNO CARDILLO, F.: “Donde hay el notario latino, hay seguridad jurídica”, *La Notaría*, 2 marzo 2019.
- SAMUELSON: “On the evolution of corporate forms”, *University of Illinois Law Review*, nº 1, 2005.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M.: “Fundamentos y antecedentes del régimen de información y transparencia en las sociedades cotizadas”, en VIVES, F.; PÉREZ ARDÁ, J. (coords.): *La sociedad cotizada*, Madrid: Marcial Pons, Colección Garrigues, 2006.
- SANTELLA, P.; TURRINI, R.: “Capital maintenance in the EU: Is the Second Company Law Directive really that restrictive?”, *EBOR*, nº 9, 2008.
- SANZ PARAÍSO, L. F.: “Las comisiones de auditoría y cumplimiento”, en ESTEBAN VELASCO, G. (coord.): *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid: Marcial Pons, Colección Garrigues & Andersen, 1999.
- SAPENA DAVÓ, F.: “La Ley de la sociedad limitada nueva empresa”, *RJCV*, nº 7, 2003.
- SWIFT & CSD WORKING GROUP ON DLT: *General meeting proxy voting on distributed ledger. Product requirements*, vol. 2.1, November 2017.
- SCHÖN, W.: “Balance sheet tests or solvency tests – or both?”, *EBOR*, nº 7, 2006.
- SCHWAB, K.: *Informe de Competitividad Global 2019*, Ginebra: Foro Económico Mundial, 8 octubre 2019.
- *Insight report. The Global Competitiveness Report 2018*, Cologny/Geneva: World Economic Forum, 2018.
- SCHWAB, K.; SALA Y MARTÍN, X.: *Informe de Competitividad Global 2018*, Ginebra: Foro Económico Mundial, 16 octubre 2018.
- TAPSCOTT, D.: *La revolución blockchain. Descubre cómo esta nueva tecnología transformará la Economía global*, Deusto, febrero 2017.
- TRIANOW, A.: “Delaware blockchain initiative: transforming the foundational infrastructure of corporate finance”, *Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial regulation*, March 16, 2017.

- VALPUESTA GASTAMINZA, E. M.: *La sociedad nueva empresa: Ley 7/2003, de la sociedad limitada nueva empresa*, Barcelona: Bosch, diciembre 2003.
- VAÑÓ VAÑÓ, M.^a J.: “Participación de los socios en la junta general de las sociedades cotizadas y tecnologías de la información”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS (et al.) (dir.): *Sociedades cotizadas y transparencia en los mercados*, Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 2019.
- “Información y gobierno electrónico en las sociedades cotizadas”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n° 95, julio-septiembre 2004.
- VELASCO SAN PEDRO, L. A.: “De la *societas privata europeae* a la *societas unius personae* en las propuestas europeas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, n° 1, 2017.
- “La reforma de la asistencia financiera en Europa”, en *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho mercantil*, Universidad Complutense, n° 2006/5, diciembre 2006.
- VERMEULEN, E.: “Platform economy: how the new economy is shaping contract practices of MSMEs”, en *UNCITRAL Colloquium on contractual networks and other forms of inter-firm cooperation*, New York, March 25-26, 2019.
- VIERA GONZÁLEZ, A. J.: *Las sociedades de capital cerradas. (Un problema de relaciones entre los tipos SA y SRL)*, Navarra: Aranzadi, 2002.
- “Algunas consideraciones sobre el “proyecto nueva empresa” (Anteproyecto de Ley de la nueva empresa)”, *RdS*, n° 18, 2002.
- “La nueva reforma del sistema de sociedades de capital francés. La novísima sociedad por acciones simplificada que configura la Ley núm. 587/1999, de 12 de julio sobre innovación e investigación”, *RdS*, n° 14, 2000-1.
- VILLEGAS, M.: “Transparencia y gobierno corporativo: lecciones del caso argentino”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, n° 4, 2009.
- VITELLO, C.: “Introducing the “low-profit limited liability company” (L3C): the new kid on the block”, *Loyola Consumer Law Review*, vol. 23, issue 4, article 6, 2011.
- VÍTOLO, D. R.: *Ley 27.349. Comentada*, Buenos Aires: Thomson Reuters, La Ley, 2017.
- “La sociedad anónima simplificada (SAS)”, *La Ley*, 1134, T-2016-E.
- WALCH, A.: “The path of the blockchain lexicon (and the Law)”, *36 Review of Banking & Financial Law* 713, March 24, 2017.
- WERBACH, K. D.: “Trust, but verify: why the blockchain needs the law”, *Berkley Technology Law Journal*, August 1, 2017.
- WERBACH, K. D.; CORNELL, N.: “Contracts ex machina”, *Duke Law Journal*, n° 67, 2007.

WIELAND: *Handelsrecht*, II, München und Leipzig, 1931.

YANES, P.: “La sociedad limitada en la economía sostenible. Notas sobre una propuesta equivocada de un reformador impaciente”, *Cuadernos de Derecho y Comercio* n° 54, 2010.

ZABALETA DÍAZ, M.: “La simplificación del derecho de sociedades en el marco de la competencia de los mercados y de la competencia entre ordenamientos: el caso alemán”, en HIERRO ANIBARRO, S. (dir.): *Simplificar el derecho de sociedades*, Madrid: Marcial Pons, 2010.

Artículos periodísticos y blogs:

AA.VV.: “Convocar junta general por carta certificada o correo electrónico”, *M Romero Consultores*, 13 julio 2016.

AA.VV.: “El primer lustro de la SAS, reflejo de la evolución del derecho privado”, *Legis. Ámbito jurídico*, 12 diciembre 2013.

AA.VV.: “José Ángel Martínez Sanchiz: la Directiva 2019/1151 facilitará la constitución de sociedades transfronterizas”, *El Derecho.com*, 18 septiembre 2019.

AA.VV.: “Justicia somete a consulta pública la transposición de siete Directivas y Reglamentos europeos”, *El Derecho.com*, 3 diciembre 2019.

AA.VV.: “Las “startups” favoritas del capital riesgo”, *Diario Cinco Días*, 1 julio 2016.

AA.VV.: “Pallette pide un “fondo de reconstrucción digital” para pymes y autónomos”, *Diario El País*, 23 junio 2020.

AA.VV.: “Patentan un sistema de votación basado en *blockchain*”, *Fintech Observatorio. Finanzas y Tecnología*, 22 febrero 2017.

AA.VV.: “Un mercado de valores de Abu Dhabi pone en marcha un servicio de votación en *blockchain*”, *Fintech Observatorio. Finanzas y Tecnología*, 19 octubre 2016.

AA.VV.: “El futuro de la gobernanza corporativa a través de la tecnología *blockchain*”, *MundoOffshare.net*.

ACHESON, N.: “Equity markets on a blockchain: Delaware’s potential impact”, *Coindesk*, July 11, 2017.

ALCALÁ DÍAZ, M.^a A.: “Juntas generales virtuales: ¿excepcionalidad u oportunidad?”, *elEconomista.es*, 2 abril 2020.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “El carácter necesario de la junta y su celebración “por escrito y sin sesión”, *Blog Almacén de Derecho*, 26 enero 2018.

- “La junta universal a la que algún socio asiste por teléfono”, *Blog Almacén de Derecho*, 6 septiembre 2016.
- “¿Una revolución europea del derecho de sociedades? Más sobre la *Societas Unius Personae*”, *Blog Almacén de Derecho*, 2 junio 2014.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “RDL 8/2020 de medidas urgentes para hacer frente al COVID-19: análisis de urgencia”, *Blog Hay Derecho*, 19 marzo 2020.
- “Presentación crítica de la Propuesta de la Comisión Europea sobre digitalización y operaciones transfronterizas (traducción del post en *European Law Blog*)”, *Blog Hay Derecho*, 27 junio 2018.
- ARDALÁN, J.: “Las opciones para regular ponen en peligro el proyecto de sociedad unipersonal privada”, *Intelligence & Capital News Report*, 2017.
- “Malas noticias para los emprendedores: a pesar de las reformas, España es el país más caro de la UE para abrir una empresa”, *Intelligence & Capital News Report*, 30 septiembre 2015.
- “EL CES europeo apuesta por un solo domicilio social y administrativo para la futura sociedad unipersonal privada”, *Intelligence & Capital News Report*, 9 octubre 2014.
- BARCIELA, F.: “La odisea para conseguir fondos si eres un emprendedor español”, *Diario El País*, 25 agosto 2019.
- BARRIO ANDRÉS, M.: “Robótica, inteligencia artificial y derecho”, *Real Instituto Elcano*, 11 septiembre 2018.
- BLANCO, O.: “Blockchain en la Administración Pública: la internet de las transacciones”, *IBM Think España*, 20 noviembre 2017.
- BORN, A.: “¿Sobrevivirán los notarios al desarrollo del “blockchain”?”, *Expansión*, 21 noviembre 2017.
- CARAZO, J.: “El gobierno corporativo se pone a prueba con las PYMES”, *Diario Cinco Días*, 16 enero 2012.
- CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, L.: “Convocatoria de junta general y firma electrónica”, *El Blog de Luis Cazorla*, 23 febrero 2015.
- “La sociedad privada unipersonal de RL europea: ¿qué pasa con el ERL?”, *El Blog de Luis Cazorla*.
- DE LA FUENTE SANCHO, A.; GARCÍA-VALDECASAS BUTRÓN, J. A.: “Modelos de acta notarial en remoto de juntas generales de sociedad”, *Notarios y Registradores.com*, 27 abril 2020.
- DÍAZ MORENO, A.: “¿Son las juntas generales de las sociedades de capital no cotizadas órganos de “gobierno y administración” a los efectos del régimen excepcional de celebración y de adopción de acuerdos?”, *GA_P*, 26 marzo 2020.

- EQUIPO DE VÉLEZ DORADO: “La declaración responsable administrativa: concepto y problemática”, *Abogados y Urbanistas Vélez Dorado*, 2 marzo 2017.
- ESCADÓN, P.: “Este edén del emprendedor está en París y se niega a ser el *silicon valley* de Francia”, *El País Retina*, 14 agosto 2019.
- ESTALLO PUYUELO, G.; TOBAJAS VINUESA, P.: “*Blockchain 2.0 – smart contract: ¿contratos inteligentes?*”, *El Derecho.com*, 4 agosto 2017.
- FARRANDO MIGUEL, I.: “Las juntas de socios de SA y SL en tiempos de alarma”, *Blog Almacén de Derecho*, 22 marzo 2020.
- FERNÁNDEZ BURGUEÑO, P.: “¿Cómo constituir una sociedad con *bitcoins* (*bitcoines*) en su capital social?”, *Abanlex.com*, 4 junio 2014.
- FOLEY, S.: “US companies defy investors with switch to online annual meetings”, *Financial Times*, 31 March 2017.
- GALÁN, J.: “El disputado voto del ciudadano digital”, *El País Retina*, 7 noviembre 2019.
- GALISTEO, A.; SEKULITS, C.: “Guía para entender la ley que regulará a las “*startup*””, *Diario Expansión*, 2 enero 2019.
- GARAYAR, E.: “*Blockchain: ¿la revolución digital llega al derecho?*”, *Blog de Emiliano Garayar*, 7 marzo 2016.
- GARCÍA, E.: “*Blockchain. ¿De verdad es importante?*”, *Clifford Chance Advisor*, nº 7, 2017.
- GARCÍA-VALDECASAS, G.: “Nuevas herramientas de *compliance* (I)”, *Cysae.com*, 29 enero de 2018 (luego reproducido en: PASCUAL MALDONADO, J.: “Nueva aliada para el “*compliance*”: la tecnología “*blockchain*””, *Compromiso empresarial*, 9 abril 2018).
- GARCÍA-VALDECASAS BUTRÓN, J. A.: “Cuatro cuestiones mercantiles relacionadas con el COVID-19. Juntas generales y consejos de administración en tiempos de la COVID-19. Comunicados Corpme, ICAC, CNMV e informe FIDE. Disolución por pérdidas”, *Notarios y Registradores.com*, 17 mayo 2020.
- “Nueva regulación de los acuerdos de personas jurídicas con motivo del COVID-19”, *Notarios y registradores.com*, 5 abril 2020.
- “Modelo de certificado de acuerdos de consejo de administración por el sistema de videoconferencia”, *Notarios y registradores.com*, 30 marzo 2020.
- GOMA LANZÓN, I.: “¿Se puede constituir una sociedad con *bitcoins*?”, *Blog Hay Derecho*, 9 junio 2014.
- GÓMEZ ABAJO, C.: “Criptomonedas. La amenaza cuántica: el *bitcoin* en el punto de mira”, *El País Retina*, 21 septiembre 2017.

- GONZÁLEZ GRANADO, J.: “Hackeando el derecho societario: ¿un robot sujeto de derechos?”, *Taller de derechos*, 13 septiembre 2018.
- ___ “¿Enviaré blockchain de vacaciones a los notarios?”, *NotaríAbierta*, 4 abril 2016.
- GONZÁLEZ ROYO, I., “Blockchain, ¿oportunidad o burbuja?”, *Fundación FIDE*.
- HIDALGO PÉREZ, M.: “Rusia quiere unicornios y no parará hasta conseguirlos”, *El País Retina*, 5 junio 2018.
- IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W.: “Blockchain, ¿el nuevo notario?”, *Repositorio Comillas*, 1 agosto 2016.
- JORQUERA GARCÍA, L.: “La convocatoria de la junta de socios por medios electrónicos”, *Notarios y Registradores.com*, 20 abril 2020.
- ___ “Cláusula estatutaria para celebrar juntas de socios por escrito y sin sesión”, *Notarios y Registradores.com*, 27 abril 2019.
- JURADO, F.: “¿Es suficiente votar cada cuatro años? No, si confiamos en la tecnología”, *El País Retina*, 28 junio 2018.
- LORA, E.: “La formalización del empleo en las ciudades colombianas”, *Dinero*, 9 noviembre 2017.
- MAMBRILLA RIVERA, V.: “Res. DGRN de 19 de julio de 2019: cláusula estatutaria de junta por correo electrónico”, *Mambrilla-Marina.com*, 16 octubre 2019.
- MONTANARO, N.: “Corporaciones autónomas descentralizadas. Parte II”, *Medium.com*, 21 noviembre 2019.
- MOONEY, A.: “Fund managers stand with nuns in fight against virtual AGMs”, *Financial Times*, January 15, 2018.
- OREGUI, P.: “¿Cómo subirse al próximo unicornio?”, *Diario El País*, 12 agosto 2018.
- PALÁ LAGUNA, R.; MARÍN DE LA BÁRCENA, F.: “La junta general durante el estado de alarma (sociedades no cotizadas)”, *GA_P*, marzo 2020.
- PASCUAL, J.: “Registro mercantil y blockchain”, *Cysae.com*, 31 agosto 2018.
- ___ “¿Es posible un verdadero sistema digital de adopción de acuerdos sociales? ¿Cómo?”, *CySae.com*, 30 agosto 2018.
- PREUKSCHAFT, A.: “La era blockchain acabará cuando lleguen los ordenadores cuánticos”, *elEconomista.es*, 11 julio 2017.
- KORJUS, K.: “Welcome to the blockchain nation. The World’s most advanced digital nation is helping entrepreneurs unleash the potential of blockchain technology”, *e-Residency blog*, 7 July 2017.

- KRASTEV, I.: “A los autoritarios no les gustan la crisis que no han fabricado ellos”, *Diario El País*, 22 junio 2020.
- MAS-COLELL, A.; LÓPEZ ATXURRA, E.: “La oportunidad de una apuesta industrial”, *Diario El País*, 15 julio 2020.
- MCCONAGHY, T.: “AI DAOs, and three paths to get there”, *Medium.com*, June 18, 2016.
- MEYER, H.: “La revolución digital y lo que realmente implica”, *La Vanguardia*, 17 junio 2017.
- NADÚJAR HURTADO, J. A.: “El voto por correo electrónico en las juntas de sociedades limitadas”, *El Derecho.com Lefebvre*, 12 noviembre 2018.
- OCONNELL, J.: “2015: the year Nasdaq met the blockchain”, *Bitcoinist.com*, January 1, 2016.
- PEÑA, J. R.: “Delaware legaliza uso de *blockchain* para intercambio de acciones y registros contables”, *Criptonoticias*, 21 julio 2017.
- PEREIRA, D.: “From DAOs to AI DAOs. Blockchain + AI driven organizations”, *Medium.com*, March 21, 2018.
- PÉREZ CARRILLO, E. F.: “COVID-19. Medidas urgentes en materia de derecho de sociedades (II). Sociedades cotizadas. Ficha – apunte”, *Blogs Unileon*, 20 marzo 2020.
- PLAZA LÓPEZ, J. A.: “Los “*smart contracts*” no son tan perfectos como nos han vendido”, *El País Retina*, 11 marzo 2018.
- REFOJOS, M.: “¿Qué hay que regular para que el *blockchain* pueda despegar en España?”, *Byzness.elperiodico.com*, 4 noviembre 2019.
- RELAÑO, V.: “La carga regulatoria, principal amenaza para la mitad de los empresarios”, *Muypymes*, 12 mayo 2017.
- REYES VILLAMIZAR, F.: “¿Para qué seguir demandando a la SAS?”, *Legis. Ámbito jurídico*, 28 mayo 2014.
- “Era indispensable salir del ancestral letargo del derecho privado colombiano”, *Legis. Ámbito jurídico*, 12 diciembre 2013.
- “La SAS colombiana es la base de leyes modelo propuestas en la OEA y UNCTRAL”, *Legis. Ámbito jurídico*, 23 agosto 2012.
- RIUS, M.: “¿Urge regular ya los derechos de los robots en Europa?”, *La Vanguardia*, 17 abril 2018.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS PÉREZ, A.: “Los alefitas: la vida en digital. Los lugares ya no serán lo mismo en este mundo dual”, *El País Retina*, 13 octubre 2017.
- ROSALES, F.: “Aumentar el capital social con criptodivisas”, *NotarioFrancisco-Rosales.com*, 15 enero 2018.

- “Convocatoria de junta general de socios por e-mail”, *NotarioFranciscoRosalles.com*, 8 enero 2015.
- RUMEU DE ARMAS, A.: “Un buen gobierno corporativo también será rentable en el MAB”, *El Confidencial*, 15 junio 2009.
- SÁNCHEZ, L. J.: “Los líderes empresariales ven la presión regulatoria como el riesgo más temido”, *Conflegal*, 31 agosto 2017.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “UNCITRAL: el proyecto de guía legislativa sobre la entidad de responsabilidad limitada”, *El Blog de Juan Sánchez-Calero Guilarte*, 13 octubre 2016.
- “UNCITRAL y el derecho de sociedades”, *El Blog de Juan Sánchez-Calero Guilarte*, 14 noviembre 2014.
- SYMBIONT: “What Delaware’s historic blockchain law means to you”, *Symbiont.io Blog*, July 20, 2017.
- TAPIA HERMIDA, A. J.: “Aspectos financieros y mercantiles de las medidas urgentes extraordinarias del Real Decreto-Ley 8/2020 por el coronavirus”, *El Blog de Alberto J. Tapia Hermida*, 18 marzo 2020.
- TORRES, B.: “Cysae y BWL se alían y lanzan una herramienta de “blockchain” para facilitar la gestión en las empresas”, *Valenciaplaza*, 6 junio 2019.
- VALLEJO, A.: “Buen gobierno corporativo en empresas no cotizadas”, *Capital Humano*, nº 207, febrero 2007.
- VILLACENCIO, C.: “Asistencia a junta y voto por videoconferencia”, *Print-friendly.com*, 13 abril 2018.
- ZAFRA, J. M.: “Estamos ante la amenaza de una extinción y la gente ni siquiera lo sabe”, *Alerta Digital*, 8 julio 2020.